

Retten til eget bilde – åvl. § 45c

Kandidatnummer: 678

Leveringsfrist: 25.11.2008

(* regelverk for masteroppgave på: [_](#))

Til sammen 16963 ord

28.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
<u>2</u>	<u>RETTLIG PLASSERING.....</u>	<u>2</u>
<u>3</u>	<u>LEGISLATIVE HENSYN</u>	<u>4</u>
<u>4</u>	<u>TYPE AVBILDNING SOM OMFATTES</u>	<u>5</u>
4.1	”Fotografi”	5
4.2	Bestilte portrettbilder	6
<u>5</u>	<u>GJENKJENNELSE</u>	<u>7</u>
5.1	Dobbeltgjenger.....	9
<u>6</u>	<u>OMFANGET AV VERNET.....</u>	<u>11</u>
6.1	Generelt	11
6.2	”Gjengis eller vises”	12
6.3	”Offentlig”	14
<u>7</u>	<u>SAMTYKKEKRAVET</u>	<u>17</u>
7.1	Generelt	17
7.2	Omfanget av samtykket	17

7.3	Formodning om at samtykke foreligger	21
7.4	Mindreårige mv.	22
7.5	Tilbakekall av samtykke	23
<u>8</u>	<u>UNNTAKENE</u>	<u>25</u>
8.1	”Aktuell og allmenn interesse”	25
8.1.1	Betydningen av hvem den avbildede er	29
8.1.2	Kjente personers nærstående	31
8.1.3	Selvekspnering.....	33
8.1.4	Berettigede interesser.....	34
8.1.5	Personlig bilde i reklame og annen kommersiell sammenheng	36
8.1.6	Norsk rett og relasjonene til EMK	39
8.2	Avbildet person som bimotiv	48
8.3	Forsamlinger, folketog i friluft m.v.....	49
8.4	Reklame for fotografens virksomhet	50
8.5	Biografier.....	51
8.6	Bruk i forbindelse med etterlysning m.v.	52
<u>9</u>	<u>POSTMORTALT VERN</u>	<u>52</u>
<u>10</u>	<u>LOVENS REKKEVIDDE</u>	<u>54</u>
<u>11</u>	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTARER</u>	<u>54</u>
<u>12</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>56</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Verden i dag er et informasjonssamfunn, der det konstant foregår utveksling av informasjon mellom mennesker. Dokumenter som inneholder tekst og bilder gjøres tilgjengelig i aviser, TV og på internett. Nyheter skal ut til et publikum som ønsker å være oppdatert til enhver tid. Innenfor de tradisjonelle mediene, slik som fjernsyn og aviser, er bildebruk ofte av helt avgjørende betydning ved formidling av informasjon.

Den teknologiske utviklingen de siste 20 årene har økt mulighetene for å fotografere og deretter publisere bildene. Da filmrullens størrelse ikke lenger var en begrensende faktor, sank terskelen for hva man fotograferte og hvor mye. Med økt tilgjengelighet av kameraer, eksempelvis som en integrert del av de nyeste mobiltelefonene, øker også antallet øyeblikksbilder. Også de øyeblikk den avbildede helst skulle vært foruten fanges på fotografi, og med få tastetrykk kan bildet spres til venner, bekjente og ukjente. Teknologisk sett har det, spesielt på grunn av internett, blitt stadig enklere å offentliggjøre bilder.

Menneskene som blir avbildet har imidlertid visse rettigheter, og det er disse som er tema for denne fremstillingen. Ofte foreligger intet problem, ettersom den avbildede har samtykket i fotograferingen og den senere publisering. Andre ganger har ikke den avbildede samtykket, men mediene eller andre velger likevel å publisere bildet.

I den videre fremstillingen vil jeg foreta en gjennomgang av det materielle innhold i åndsverkloven § 45c. Bestemmelsen oppstiller til dels vanskelige tolkningsspørsmål. I denne sammenheng vil jeg i en viss utstrekning også trekke inn rettspraksis og synspunkter

fra tysk rett, da reglene om retten til eget bilde har likhetstrekk med norsk rett, selv om de er utformet noe forskjellig.

Av praktisk stor betydning er § 45c første ledd litra a). Dette unntaket vil bli viet større plass enn de øvrige unntakene bestemmelsen oppstiller. Jeg vil i den sammenheng se nærmere på bestemmelsens relasjon til den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).

I forbindelse med behandlingen av åvl. § 45c vil det, der det er naturlig, bli knyttet enkelte betraktninger til strl. § 390 og det ulovfestede personvern. En inngående vurdering av disse reglene vil imidlertid ikke bli foretatt, da det vil føre for langt. Jeg går heller ikke nærmere inn på rettsvirkningene av et brudd på åvl. § 45c eller skyldspørsmålet, slik disse er oppstilt i lovens kapittel 7.

2 Rettslig plassering

Rettigheter knyttet til et fotografi kan i hovedsak deles inn i tre grupper.¹ For det første vil én eller flere personer ha eiendomsrett til fotografiet eller et nyhetsinnslag på TV. Dette kan være fotografen selv, et bildebyrå eller privatperson fotografen har solgt bildet til. Problemstillinger knyttet til denne gruppen vil først og fremst løses av kontraktsrettslige reguleringer. Den andre gruppen representerer vernet for fotografens enerett til fotografiet. Med mindre rettighetene til fotografiet er overdratt til andre, vil han fortsatt ha enerett på utnyttelsen av dette. Dersom eksempelvis den kjente norske fotografen Per Barclay selger et fotografi på en utstilling, innebærer dette salget kun en overdragelse av eiendomsretten til dette enkelte eksemplar. Eneretten til fremstilling og tilgjengeliggjøring av fotografiet

¹ Wandtke (2008)

ligger fortsatt hos kunstneren Barclay. Eierne kan dermed ikke kopiere fotografiet for å selge kopiene som kunstplakater. Den tredje problemstillingen, som er tema for denne artikkelen, er den avbildedes rettigheter og vern. Retten til eget bilde innebærer en ikke ubetydelig begrensning i handlingsfriheten til både eieren og fotografen. Uten den avbildedes samtykke, kan fotografiet som hovedregel ikke gjengis eller vises offentlig. Slik sett er det en sammenheng mellom de tre ulike gruppene som her er skissert.

Paragraf 45c kom inn i åndsverkloven ved en lovendring 23. juni 1995 nr. 37.

Bestemmelsen er en videreføring av den nå opphevede lov om rett til fotografier av 17. juni 1960 nr. 1 (fotografiloven) § 15. Rettspraksis, forarbeider og betraktninger generelt knyttet til denne har relevans også for dagens bestemmelse.

Åvl. § 45c:

Fotografi som avbilder en person kan ikke gjengis eller vises offentlig uten samtykke av den avbildede, unntatt når

- a) avbildningen har aktuell og allmenn interesse,*
- b) avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet,*
- c) bildet gjengir forsamlinger, folketog i friluft eller forhold eller hendelser som har allmenn interesse,*
- d) eksemplarer av avbildningen på vanlig måte vises som reklame for fotografens virksomhet og den avbildede ikke nedlegger forbud, eller*
- e) bildet brukes som omhandlet i § 23 tredje ledd eller § 27 andre ledd.*

Vernet gjelder i den avbildedes levetid og 15 år etter utløpet av hans dødsår.

Åndsverkloven § 45c er en personvernbestemmelse og skiller seg således fra loven den er plassert i. Den har likevel også en side mot personbilde som formuesgode, typisk ved bildebruk i markedsføring. Åndsverkloven, på sin side, er først og fremst en del av immaterialretten, herunder opphavsretten. Da fotografiloven skulle innlemmes i åndsverkloven, berørte lovgiver spørsmålet om plasseringen av fotografiloven § 15.² Den

² NOU 1987:16 s. 46

alternative plasseringen som ble diskutert var sammen med øvrige personvernbestemmelser, der den systematisk hører hjemme. En innvending var at de strafferettslige og erstatningsrettslige sanksjonene i åndsverkloven ikke passet overtredelser av § 15, og heller ikke var ment for slike overtredelser. Til tross for innvendinger av systematisk karakter ønsket lovgiver å plassere bestemmelsen i åndsverkloven, og begrunnet dette i informasjonshensyn. De situasjoner bestemmelsen sikter til har gjerne også sammenheng med hva loven for øvrig søker å regulere, og er således hensiktsmessig.

Åndsverkloven § 45c er bare én av flere personvernbestemmelser. En publisering vil kunne være en ærekrenkelse etter straffeloven § 246 og 247. Videre vil en publisering kunne representere en krenkelse av privatlivets fred etter straffeloven § 390. Andre viktige bestemmelser er personopplysningsloven § 7 og domstolloven § 131a. Felles for disse er at de alle kan sies å ha karakter av å være personvernbestemmelser, og mye taler for at de er et utslag av et alminnelig personvernprinsipp.

3 Legislative hensyn

Åvl. § 45c er en bestemmelse som balanserer klart motstridende interesser, her den avbildedes interesser på den ene siden og interessen til den som ønsker å publisere et bilde på den andre siden. Paragraf 45c oppstiller en absolutt enerett til eget bilde. Formålet med bestemmelsen er nettopp å sikre denne eneretten. Den enkelte person har rett til selv å bestemme hva slags informasjon, herunder bildeinformasjon som skal gjøres tilgjengelig for andre personer. Dette er med på å skape forutberegnelighet for den aktuelle personen, hva gjelder om og i hvilken grad vedkommende skal eksponeres i samfunnet. Dette gjelder både der det er av hensyn til personvern og der visning eller gjengivelse av fotografiet først og fremst strider mot den avbildedes kommersielle interesser.

Paragraf 45c opererer på den annen side med en rekke unntak for den nevnte eneretten. Flere av unntakene har det til felles at de kan sies å ivareta hensynet til et velfungerende demokrati og ivareta rettssikkerheten i samfunnet. Eksempelvis bidrar litra a) til at typisk mediene skal kunne opprettholde sin meningsdannende og samfunnskontrollerende funksjon og således også sikre ytringsfriheten. I flere tilfeller kan det synes som om pressen strekker sin rolle som ”vaktbikkje” vel langt. Det må ikke gå på bekostning av en effektiv beskyttelse av den enkeltes personvern eller kommersielle interesser. Personvernet er ikke begrenset til privatlivet, men også personligheten i seg selv. Dette er en viktig forskjell i forhold til eksempelvis strl. § 390 om krenkelse av privatlivets fred.

4 Type avbildning som omfattes

4.1 ”Fotografi”

Det fremgår at det er ”fotografi som avbilder en person...” som er underlagt reguleringen i åvl. § 45c. Den umiddelbare forståelsen av hva et ”fotografi” er, innebærer at det dreier seg om en avbildning foretatt med et fotografiapparat. Det heter i forarbeidene til åndsverkloven at fotografiet tradisjonelt blir definert ut fra tekniske kriterier.

*”Det avgjørende er å stadfeste at det dreier seg om et bilde som er blitt til ved lysbølgers innvirkning på lysfølsomt materiale.”*³

Videre fremgår det av kommentarer til fotografiloven § 15 i forarbeidene til endringslov om personregistre m.m. (fjernsynsovervåkning)⁴, at det er uten betydning på hvilken måte

³ Ot.prp.nr 54 (1994-1995) s. 8

⁴ Ot.prp.nr 56 (1992-1993) pkt. 3.1

bildet er tatt. Utover ordinær fotografering omfattes også fjernsynsovervåkning, filming osv. Avbildninger som benyttes her omfattes dermed også av ”fotografi”. Det samme er lagt til grunn av Høyesterett i Rt-1995-1948, når det uttales at *”Det må antas at de enkelte bilder i et videoopptak er å anse som fotografier i lovens forstand, på samme måte som enkeltbilder i en vanlig fotografisk film.”*⁵ Det både fotografi, film og fjernsyn har til felles er at reelle øyeblikk foreviges. Det er lyset som ”lager” bildene og som gir en identisk avbildning av virkeligheten.

Det har i forbindelse med direktesendinger på TV vært diskutert hvorvidt dette faller inn under åvl. § 45c, ettersom avbildningen blir til i og med direktesendingen. Hensynet til den avbildede, enten dette er rene personvern hensyn eller økonomiske hensyn, tilsier at det ikke bør gjøres noen forskjell her i forhold til de tilfelle som faller inn under ordlyden. Personavbildninger i forbindelse med direktesendinger bør derfor omfattes av det samme vernet.⁶⁷

4.2 Bestilte portrettbilder

Etter åvl § 39j tredje ledd utvides retten til eget bilde til også å gjelde bestilt portrettbilde som ikke er fotografisk. Paragraf 39j er en bestemmelse som regulerer forholdet mellom opphavsmannen og den som bestiller et portrettbilde. En begrensning i § 39j ligger i at en forutgående bestilling om et portrett må være gitt. Dette følger også av forarbeidene til loven.⁸ Bestilleren og den avbildede trenger ikke være den samme personen. Et eksempel som omfattes av bestemmelsen er der et universitet bestiller et maleri av den sittende rektor som snart skal gå av. En kunstner får da et fotografi av bestilleren og lager portrettet som bestilt. I forbindelse med utnyttelsen av portrettet kommer imidlertid også den avbildedes rettigheter inn. Derfor har også bestemmelsen et tredje ledd der det henvises til § 45c, og

⁵ Rt-1995-1948 s. 1953

⁶ Bratholm (2004) s. 96

⁷ Holmboe (1992) s. 515

⁸ Ot.prp.nr 54 (1994-1995) s. 34

det presiseres at avbildningen ikke trenger å være fotografisk for at den avbildede skal ha et vern. Dette medfører dermed at opphavsmannen både må ha bestillerens og den avbildedes samtykke, dersom vedkommende ønsker å offentliggjøre portrettet. Den avbildede har dermed det samme vernet for eget bilde når det er snakk om et bestilt ikke-fotografisk portrettbilde.

5 Gjenkjennelse

Etter ordlyden må det som nevnt dreie seg om et ”fotografi som avbilder en person”. Spørsmålet blir her om bestemmelsen forutsetter at den avbildede kan gjenkjennes. Et annet spørsmål i denne sammenheng er hvilken betydning det har hvem og hvor mange personer som gjenkjenner avbildede. Hvorvidt gjenkjennelse er en forutsetning, har det i teorien hersket uenighet om.

Klart er det dersom man ser personens ansikt tydelig avbildet. Bestemmelsen må også få anvendelse når det er en viss mulighet for at andre vil kjenne igjen den avbildede, uten at ansiktet er synlig. Kommer det deretter til et visst punkt der regelen ikke kan anvendes? En klar forutsetning er at den avbildede gjenkjenner seg selv. Hvis ikke, foreligger heller intet problem det er behov for å løse. Den avbildede kan da selvfølgelig føle seg krenket uavhengig av om andre ser at det er han eller henne.

I sin kommentar til Fotografiloven § 15 trekker Andreas Galtung frem et eksempel av en person som gjenkjenner sin egen mage i en reklame for et slankemiddel.⁹ Dette tilfellet mener Galtung kan rammes av bestemmelsen. Galtungs syn kan sies å finne støtte i det faktum at det tross alt er den avbildede og dennes person som vernes. Oslo byrett viste til

⁹ Galtung (1991) s. 89

Galtungs syn i ”Fødselsbilde-saken”,¹⁰ da den uttaler at kravet til samtykke også må gjelde når det ikke foreligger gjenkjennelse. Saken gjaldt bruk av fødselsbilder i en artikkel som illustrasjon på klipping under fødselen. Forfatteren var kritisk til denne bruken og utbredelsen av inngrepet. Jordahl mener det å henhøre bildene til vernet for det personlig bildet ikke er velbegrunnet.¹¹ Åvl. § 45c retter seg mot de situasjoner der bildet offentliggjøres på en eller annen måte slik at folk kan se det og dermed gjenkjenne personen(e). Formålet bak bestemmelsen og de situasjoner den retter seg mot taler for at det må oppstilles en forutsetning om at en viss krets av personer, utover den som er rammet, vil kunne identifisere den avbildede. Er det slik at det er en rimelig mulighet for at vedkommendes kropp kan knyttes til denne, pga. visse kjennetegn eller omgivelsene rundt, vil tilfellet omfattes av loven.

Theo Jordahl behandler også spørsmålet om omfanget av gjenkjennelse.¹² Han konkluderer med at det er vanskelig å si hvor grensene for gjenkjennelse går, men han mener at grensedragningen avhenger av hvorvidt publiseringen medfører problemer for avbildede og hans forhold til den nære krets. *”Dersom gjenkjennelsen i den nære krets virker kvalifisert belastende er imidlertid dette nok”*¹³ til å fastslå at tilstrekkelig gjenkjennelse foreligger. Jo mer belastende tilfelle, desto mindre gjenkjennelsesomfang kreves. Dette kan gi en viss hjelp i vurderingen, men det må likevel kunne hevdes at den avbildede kan føle seg krenket, og ha krav på vern etter bestemmelsen, uten at han finner situasjonen særlig belastende overfor sin nære krets. En krenkelse som omfattes av bestemmelsen vil ofte også kun være belastende fordi det er ukjente personer som gjenkjenner den avbildede. Krenkelsen etter § 45c kan bestå utelukkende av at samtykke ikke er innhentet. Dette er en bestemmelse som i utgangspunktet er av objektiv karakter, og i så måte skal man være forsiktig med å trekke inn skjønnsvurderinger som hvorvidt saken er belastende for vedkommende. Skjønnsvurderinger kommer i større grad inn ved vurderingen av om noen av unntakene kommer til anvendelse.

¹⁰ Oslo byretts dom av 19.12.1995, sak 95-00948 A/86

¹¹ Jordahl (1996) s. 50

¹² ibid s. 48 flg.

¹³ ibid s. 50.

Til illustrasjon kan det trekkes frem at det i tysk rett er uomtvistet at gjenkjennelse er en forutsetning for at avbildede skal nyte vern etter loven. En sak fra tysk høyesterett viser dette.¹⁴ I denne saken dreide det seg om en fotballmålvakt i 2. Bundesliga som var blitt fotografert bakfra under kamp. Ansiktet kunne ikke sees, men retten fant at det ikke var vanskelig for kjennere og fans å gjenkjenne målvakten ut fra kroppsbygning, holdning og hårfrisyre. Gjenkjennelseeffekten berodde dermed på hvem vedkommende var og hva bildet illustrerte. Kretsen av mennesker rundt, hvis oppmerksomhet fanges vil variere fra sak til sak, og kravet må antas å variere deretter. I en annen avgjørelse dreide det seg om offentliggjøring av et bilde av en naken mindreårig jente.¹⁵ Jenta kunne ikke gjenkjennes, men ble tilkjent erstatning på grunnlag av alminnelig personlighetsrett. Her sees hvordan det i tysk rett skilles mellom de tilfelle der man kan identifisere vedkommende og ikke. Rettskildemessig har tysk rett liten betydning for norsk rett, men lovgivningen er i stor grad lik på dette området og tysk retts forståelse og tolkning av denne kan bidra med gode synspunkter.

På bakgrunn av drøftelsen her, er det dermed grunn til å anta at det også etter norsk rett, her åvl. § 45c, må gjelde en forutsetning om gjenkjennelse. Grensen for hva som kreves må vurderes ut fra de konkrete forhold.

5.1 Dobbeltgjenger

Et særlig spørsmål er hvorvidt bruk av en dobbeltgjenger rammes av § 45c. Etter en rent språklig fortolkning av ordlyden må svaret være benektende. Paragraf 45c er ment å gi beskyttelse for den som rent faktisk blir avbildet og som har mulighet til å avgi et samtykke. At dobbeltgjenger-tilfellene ikke faller inn under § 45c synes det også å være

¹⁴ BGH GRUR 1979, 732 (Fußballtor)

¹⁵ BGH NJW 1985, 1617 (Nacktaufnahme)

enighet om i teorien.^{16,17,18} Som Galtung og Mæland påpeker, ser man likevel at denne situasjonen vil kunne få uheldige følger og at originalen må gis et visst vern. En dobbeltgjenger spiller nettopp på likheten han eller hun har til den person vedkommende gir seg ut for å være. Meningen er at betrakteren enten skal ledes til å tro at det er originalen som er avbildet, eller i det minste å lede betrakterens tanker til originalen. Sett på denne måten, er det klart at originalen kan føle seg krenket og følgelig også ha krav på et visst vern. Dobbeltgjengertilfellene er først og fremst praktisk når det er snakk om reklame og der personene som er kopiert er mer eller mindre kjente personer i samfunnet.

Hjemmel må dermed finnes annetsteds enn i § 45c. Relevant rettslig grunnlag for et vern vil kunne være markedsføringsloven § 1 og/eller et ulovfestet personvern. Eksempelvis trekkes det i denne sammenheng frem en sak som har vært oppe for domstolsprøving. Saken handlet ikke om retten til eget bilde, men den krenkedes vern mot etterligning. I saken, som gikk for Borgarting lagmannsrett,¹⁹ dreide det seg om stemmen til en filmjournalist som var etterlignet i en radioreklame for et filmprodukt. I reklameinnslaget var det en klar likhet i måten å snakke på, og stemmeleiet og dialekten var lik. I tillegg ble fornavnet Pål, som også den krenkede heter, benyttet. Retten fant at *"De fleste alminnelige lyttere vil tro at det er Bang-Hansens stemme man hører i innslaget, og at han har stilt seg til disposisjon i markedsføringen av produktet til Extra Film."*²⁰

I sin vurdering trekker lagmannsretten frem Mælands og Galtungs syn om at dobbeltgjengerbruk vil kunne antas å stride mot et ulovfestet personvern og bifaller dette syn. Retten uttaler:

"Etter lagmannsrettens syn støtter disse uttalelser at personvernet også innebærer at en person kan motsette seg en etterligning av stemmen i reklameøyemed, og at de øvrige sider ved personligheten

¹⁶ Galtung (1991) s. 103

¹⁷ Mæland (1984) s. 19

¹⁸ Stenvik (2003) s. 598

¹⁹ RG-1999-1009

²⁰ RG-1999-1009 avsnitt 3 i rettens bemerkninger

brukes i reklameinnslag. Det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende i nærværende sak som når det gjelder dobbeltgjengerbruk av en offentlig person brukt i reklame.”²¹

”Etter dette er lagmannsretten kommet til at det ulovfestede personlighetsvern omfatter et vern mot bruk i reklame. Vernet omfatter bruk av etterligninger. Ved avgjørelsen av om reklameinnslaget i denne sak rammes av reglene, må det foretas en avveining av partenes interesser.”²²

På bakgrunn av underrettens premisser kan man av dette slutte at den legger til grunn at bruk av dobbeltgjengere i bilder er beskyttet av et ulovfestet vern av personlig særpreg. Åvl. § 45c rammer ikke dette tilfellet.

6 Omfanget av vernet

6.1 Generelt

Ifølge åvl. § 45c må fotografiet ”gjengis eller vises offentlig” for at bestemmelsen skal få anvendelse. Selve produksjonen av bildet, eller kopiering av dette, omfattes ikke av bestemmelsen. Det er offentliggjøringen som rammes. Selve fotograferingen eller annen avbildning er som utgangspunkt ikke ulovlig, men måten dette gjøres på kan medføre en krenkelse overfor den som avbildes. Heller ikke strl. § 390 kommer til anvendelse på selve fotograferingen, da også denne retter seg mot publisering. En krenkelse vil imidlertid kunne rammes av det alminnelige personvern. Denne regelen må antas å ha et videre omfang, slik at også selve fotograferingen omfattes. Ellers kan det nevnes at avbildede i gitte situasjoner også kan påberope seg nødverge overfor en fotograf, hvis fremferd er

²¹ ibid. avsnitt 25 i rettens bemerkninger

²² ibid. avsnitt 28 i rettens bemerkninger

hensynsløs og påtrengende.²³ Hva slags handlinger den krenkede eventuelt kan foreta i en slik situasjon går jeg ikke nærmere inn på. Videre vil den avbildede kunne påberope seg strl. § 390 a om krenkelse av en annens fred på en hensynsløs måte.

De kanskje viktigste tilfellene i forbindelse med problemstillingen ”retten til eget bilde” knytter seg særlig til tre typer mediegrupper. De kalles også for materielle bærere. Den første gruppen er trykte medier, og den andre gruppen omfatter TV og film. Den tredje gruppen er online-visning på internett. Sistnevnte er muligens den mest problematiske dersom man her ser på den manglende kontroll over bildets videre liv. Som klare eksempler innenfor disse gruppene er aviser, nyhetssending på TV og blogger og nettsamfunn på internett.

Det er to hovedspørsmål som reises. Når regnes et fotografi for ”gjengitt” eller ”vist” og hvor går grensen for hva som regnes som ”offentlig”? Sistnevnte problemstilling innebærer en gresedragning mot det private området, og det er dette spørsmålet det knytter seg størst interesse til.

6.2 ”Gjengis eller vises”

For å fastlegge det nærmere innholdet i ”gjengivelse” og ”visning” er det naturlig å se hen til åvl. § 2, der opphavsmannen gis en enerett til å råde over verket gjennom eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten. Hva det vil si å ”gjøre det tilgjengelig for allmennheten” fremgår av tredje og fjerde ledd. I dette omfattes offentlig spredning til allmennheten, offentlig visning og offentlig fremføring.

Det følger av forarbeidene²⁴ til loven at begrepet ”tilgjengeliggjøring for allmennheten” er teknologinøytralt, slik at det ikke ligger noen begrensning i hvordan dette gjøres.

²³ Bratholm (2004) s. 98

²⁴ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) pkt. 3.2

Bestemmelsen gir ingen absolutt oppregning og vil følgelig kunne utvides i takt med den teknologiske utviklingen. Åvl. § 45c fremstår i en annen språkdrakt enn fotografiloven § 15, men det er ikke tilsiktet noen endring i hva som anses som tilgjengeliggjøring. Fotografiloven § 15 rettet seg mot ”attgjeva, framsynt offentlig eller gjort tilgjengeleg på annan måte”. Som Galtung uttaler, gjelder dette ”*enhver publisering i aviser, tidsskrifter, reklamebrosjyrer, audiovisuelle-program, gjengivelser i kringkasting, gjengivelser via databaser m.v.*”²⁵ Begrepet ”gjengivelse” samsvarer med denne forståelsen. Når åvl. § 2 tredje og fjerde ledd omhandler fremføring, er dette et begrep som omfattes av ”gjengivelse”.

Det følger av åvl. § 2 fjerde ledd at det er å regne som offentlig fremføring også når et verk ”stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket”. Det er i den sammenheng grunn til å påpeke at det her er snakk om tilrådighetsstillelse av ”verket”. Mange steder, eksempelvis i biblioteker, gis publikum tilgang til datamaskiner. Der det er snakk om adgang til internettoppkobling, vil den enkelte bruker ha adgang til et tilnærmet ubegrenset antall åndsverk, men ikke til ett eller flere bestemte verk. Departementet legger til grunn at dette er en tilrådighetsstillelse ”uten noen videre tilrettelegging av hva den enkelte bruker kan se på skjermen”, og rammes således ikke av bestemmelsen.²⁶ I slike tilfeller kan ikke en person påberope seg retten til eget bilde etter § 45c overfor biblioteket eller lignende sted. Det følger av forarbeidene at situasjonen stiller seg annerledes dersom den som står for tilrådighetsstillelsen også selv gjør tilgjengelig verk fra sin server.²⁷ Dette tyder da på at det bildematerialet eksempelvis biblioteket tilgjengeliggjør fra sine arkiver, er å anse som offentlig fremføring, og også en gjengivelse som rammes av § 45c.

²⁵ Galtung (1991) s. 91

²⁶ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005), pkt. 3.2.3.1.3

²⁷ l.c.

Offentlig visning er etter § 45c tredje ledd litra b de tilfelle der man viser frem et fysisk eksemplar til et tilstedeværende publikum.²⁸ Et typisk eksempel av offentlig visning er et fotografi som vises i forbindelse med en kunstutstilling.

6.3 "Offentlig"

Det neste spørsmålet er når gjengivelsen eller visningen er "offentlig". Det samme begrepet benyttes i åvl. § 2. Før lovendring 17. Juni 2005 nr. 97 var den tilsvarende ordlyden "utenfor det private område". Endringen i ordlyden innebærer ingen realitetsendring.²⁹ Tolkningen av sistnevnte begrep er derfor fortsatt av betydning.

Høyesteretts behandling i Bedriftsmusikk-dommen, inntatt i Rt-1953-633, gir en viss veiledning i forbindelse med grensdragningen mellom det private område og det offentlige område. Saken gjaldt fremføring av musikk for ansatte i fem store industribedrifter. I sammenheng med spørsmålet om musikkavspillingen var en fremførelse innenfor eller utenfor det private område, støttet førstvoterende seg til Ragnar Knoph, som mente grensen mot det private måtte trekkes "temmelig trangt".³⁰ Privat var bruken dersom den falt innenfor "*den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps, eller omgangsbånd skaper*".³¹ At det her er snakk om personlige bånd medfører imidlertid ikke at disse må foreligge mellom den som viser eller gjengir bildene og alle tilstedeværende. Det må være nok at det kan påvises personlige bånd mellom "*den overveiende del av de øvrige tilstedeværende*".³² Den publisering de tradisjonelle mediene, som aviser og TV, foretar er klart utenfor det private området og dermed "offentlig".

²⁸ ibid. pkt. 3.2.3.1.4

²⁹ ibid. pkt. 5, merknadene til § 2

³⁰ Rt-1953-633 s. 637-638

³¹ Knoph (1936) s. 89-90

³² Rognstad (2004) s. 93

Den nærmere grensedragningen kan imidlertid være vanskelig å foreta. I den sammenheng er også andre momenter av interesse. Som det fremgår av Bedriftsmusikk-dommen, berodde tolkningen av offentliggjørelse i første rekke på bedriftens størrelse.³³ Videre var det også relevant, hvorvidt motivet for fremføringen var ervervsmessig preget. Dette vil kunne være tilfelle der det kreves betaling fra deltakerne, eller der eksempelvis en foredragsholder mottar honorar. Dette er momenter som kan antyde at man befinner seg utenfor det private området, men det trenger ikke være avgjørende. Om en kameratgjeng leier inn en foredragsholder, og dette krever at deltakerne må betale, vil ikke foredraget dermed få karakter av en offentlig fremføring. Forutsetningen er likevel at de personlige bånd er tilstede. Dersom det er snakk om et stort antall deltakere, vil det være vanskelig å påvise slik nærhet mellom disse.

Når det er snakk om gjengivelse som innebærer en mer ”varig” tilgang på fotografiet, bør det trekkes snevre grenser.³⁴ Rognstad trekker frem problemstillingen i sammenheng med fremføring av verk gjennom overføring av datafiler. Slik filoverføring vil ofte også omfatte fotografier. Han trekker frem at en slik bruk potensielt kan innebære en intens utnyttelse av et verk, og at grensen må trekkes snevrere slik at det må foreligge personlige bånd, slik det gjerne er mellom familiemedlemmer og venner. Bildeoverføring kan eksempelvis skje gjennom e-postkorrespondanse. For at dette skal ha privat karakter, er det relevant hvem som er mottaker. Dersom en arbeidstaker sender ut en e-post til alle andre ansatte i en bedrift, vil dette være en offentlig gjengivelse som krever samtykke av personen som er avbildet. Unntaket, som også Høyesterett antyder i Bedriftsmusikk-dommen, må være der det er snakk om et mindre firma der det er nære bånd mellom de få ansatte.³⁵

Et større problem er den opplasting av bilder til blant annet blogger og nettsamfunn på internett. Når et bilde blir lastet opp på slike sider mister som oftest den som legger ut bildet den videre kontrollen med dette. De besøkende får en mer ”varig” tilgang til bildet

³³ Rt-1953-633 s. 637

³⁴ Rognstad (2004) s. 101

³⁵ Rt-1953-633 s. 637

ved at de kan lagre det på sin egen datamaskin og dermed potensielt kan spre fotografiet til flere mennesker. Dersom en slik opplasting til en personlig blogg skal anses å være av privat karakter, bør det forutsettes at adgangen til siden er begrenset gjennom bruk av for eksempel et passord. Dette er likevel ikke nok dersom de personer som har adgang har et mindre nært personlig bånd. Når bloggen er ment for andre enn familiemedlemmer og nære venner, bør en slik gjengivelse anses offentlig, og samtykke fra den avbildede må være påkrevd.

Når det gjelder de uttallige nettsamfunn som finnes på internett, er vernet av retten til eget bilde potensielt i enda større fare. Et eksempel er den mye omtalte nettsiden Facebook. Her oppretter brukere en personlig profil, slik at de blant annet kan holde kontakt med venner og få nye. Brukerne legger i den sammenheng ofte ut mye informasjon både om seg selv og andre. Særlig populært er bilder fra ulike sammenhenger og situasjoner. Bildene er svært ofte avbildninger av personer, både de som er brukere, men også personer som ikke er medlemmer av nettsamfunnet. Dette er bilder som blir liggende på disse nettsidene over lang tid, og kanskje aldri blir fjernet. I tillegg er det imidlertid også mulig for brukere å laste ned det enkelte bildet til sin datamaskin. Dette åpner dermed for en potensielt stor utnyttelse av det enkelte bildet, som den opprinnelige opplasteren ikke har noen kontroll over. Dette er en gjengivelse som da også brukeren er ansvarlig for, og denne må være bevisst hva en opplasting innebærer.

Det som preger et nettsamfunn som Facebook er videre at brukerens ”venner” strekker seg fra vage bekjentskap til svært nære venner. Profilen er svært sjelden begrenset til eksempelvis familiemedlemmer og nære venner. Svært ofte får også andre, som ikke er ”venner”, adgang til å se bildene. Dette tilsier, slik jeg ser det, at publisering av personbilder på slike nettsamfunn er offentlig gjengivelse som fordrer samtykke etter avl. § 45c.

7 Samtykkekravet

7.1 Generelt

Åvl. § 45c oppstiller en klar hovedregel om at det ikke er adgang til å gjengi eller vise et fotografi av en person, dersom samtykke ikke er gitt fra vedkommende. Dersom et selskap ønsker å reklamere for sine eksklusive klokker ved bruk av et bilde av en kjent idrettsutøver eller polfarer, er de nødt til å spørre personen om lov til å benytte det aktuelle bilde. Det samme gjelder dersom et produksjonsselskap ønsker å benytte bilder av trafikkofre i en dokumentar om trafikksikkerhet på norske veier.

Et samtykke kan gis både muntlig og skriftlig, uttrykkelig eller stilltiende. For at den som ønsker å benytte bildet skal kunne innhente samtykke, er det nødvendig at det er mulig å identifisere vedkommende som er avbildet. Et samtykke vil ofte være en del av den ene av to viljeserklæringer i et avtaleforhold. For at formålet med avtalen skal oppnås, vil det være av avgjørende betydning at det er gitt et samtykke, i tillegg til at det er viktig å definere dets rekkevidde. Brukeren kan da gjengi eller vise bildet ut fra hva partene har blitt enige om.

7.2 Omfanget av samtykket

Når det er snakk om samtykkets rekkevidde, er det viktig å ha klart for seg hva det er gitt samtykke til. Situasjonen er uproblematisk der en person blir fotografert mens hun sykler gjennom Nordmarka i Oslo, og bildet senere, med samtykke av den fotograferte, publiseres i Birkebeinertrittets informasjonsblad i forbindelse med en artikkel om folks oppladning til trittet. Det vil stille seg annerledes dersom bildet i tillegg brukes til en kritisk artikkel i Aftenposten om alle syklistene som trener mellom stedene Sognsvann og Kikut i Oslo. Den avbildede har adgang til å begrense samtykket i den grad hun selv ønsker, på lik linje som man selv velger å inngå en avtale, og herunder hvilke betingelser som skal gjelde.

Enkelte ganger gis det et mer eller mindre generelt samtykke. Denne problemstillingen var oppe i den såkalte Påskebilde-saken.³⁶ I saken var det snakk om en reklameannonse for fremkalling og kopiering av påskebilder. En reklamekonsulent hadde i den anledning benyttet seg av et fotografi av et par og et barn som solte seg. Personene hadde ikke avgitt samtykke til publisering i reklameannonsen. Fotografiet var ett av flere som var tatt og tidligere benyttet i forbindelse med en avisreportasje. Samtykke forelå kun for bruk i avisen.

Det uttales at det må være adgang til å gi et mer generelt forhåndssamtykke, i tillegg til at man kan gi en annen person rett til å avgi samtykke på vegne av en selv.³⁷ Ved profesjonell distribusjon av fotografier vil dette være praktisk, men som retten påpeker vil det i tilfeller som dette kunne foreligge omfattende begrensninger. Det fremheves at personvern hensyn tilsier at det må foreligge visse holdepunkter for at det kan legges til grunn at samtykke foreligger. Retten uttaler:

*”For øvrig må man etter min mening være varsom med å forutsette at avbildede personer har gitt forhåndssamtykke eller gitt en annen rett til å samtykke etter § 15. Slike forutsetninger vil være egnet til å uthule det personlige rettsvern som § 15 gir.”*³⁸

Videre:

”Etter min mening har den som vil bruke et bilde av en avbildet person til et bestemt formål, ikke opptrådt med tilstrekkelig aktsomhet i forhold til fotografilovens § 16 jfr. § 15, ved å stille et generelt spørsmål til den som har fotografiretten ”om alt er i orden”. Et bekreftende svar på et slikt spørsmål vil naturlig måtte forstås slik at det bare gjelder fotografiretten. Etter min mening blir vurderingen den samme om et slikt spørsmål stilles til en avis, med mindre den som spør har

³⁶ Rt-1983-637

³⁷ ibid. s. 639

³⁸ Rt-1983-637 s. 639

*holdepunkter for å anta at avisen har lagt opp til spesielle rutiner som sikrer at samtykke etter § 15 foreligger.*³⁹

Som det fremgår videre i rettens premisser, vil man i den konkrete vurderingen se på hvorvidt rutinene til de som distribuerer bildene er gode når det gjelder å sikre de avbildedes rettigheter. I denne sammenheng oppstilles det et strengt aktsomhetskrav til den som vil benytte bildene på den måten at personen aktivt må avklare samtykkespørsmålet, med mindre det foreligger holdepunkter som tilsier at et generelt samtykke er gitt. For øvrig kan det i denne sammenheng påpekes at det er brukeren som har bevisbyrden for at samtykke foreligger.⁴⁰

I den nevnte saken var det snakk om ”ukjente” personer. Samtykkeproblemstillingen i forbindelse med reklame er særlig interessant for kjente personer. Dersom noen bruker et personbilde uten samtykke, vil dette ofte ha negative konsekvenser for den krenkede. Det er da først og fremst dennes personlige særpreg eller dennes personlige bilde som et formuesgode som står sentralt. Kjente personer vil ofte ha en egen markedsverdi, som de selv bestemmer hvordan de vil utnytte. Markedsverdien er ofte et resultat av flere års imagebygging fra vedkommendes side. En side av dette er da at vedkommende selv må få bestemme hva slags produkter denne ønsker å bli assosiert med. En annen side av dette er at personen selv har rett til å utnytte de økonomiske muligheter som ligger i bruken av personlige bilder. Et tilfelle er saken som stod mellom snowboard-kjøreren Terje Håkonsen og DNB NOR Eiendom. Sistnevnte hadde benyttet et bilde av Håkonsen på forsiden av selskapets eiendomsmagasin. Dette ble distribuert ut til 850000 husstander. Håkonsen hadde ikke gitt sitt samtykke. Saken endte med forlik. Det er her klart at det kreves et samtykke ved ren reklamebruk.

³⁹ l.c.

⁴⁰ Rt-2001-1691 (Teazer) s. 1695

En sak av en litt annen karakter gjaldt fire revyskuespillere som ble fotografert under et besøk hos matvareprodusenten Stabburet.⁴¹ I den forbindelse ble det gitt samtykke til at bildene kunne gjengis i selskapets magasin "Stabbur Posten" Publiseringen av bildene var dermed i seg selv i orden. Spørsmålet herredsretten stilte seg var om bruken var skjedd i reklameøyemed. Dette ble besvart bekreftende. Retten kom til at reklamemomentet var så fremtredende at dette fordret uttrykkelig samtykke. Hjemmelen lå imidlertid ikke i fotografiloven § 15, ettersom samtykke var gitt til publiseringen av bildene, og de fotograferte neppe kunne fremme innsigelser mot nøytral bruk av bildene i bladet. Det virker her som om herredsretten støtter seg til et ulovfestet prinsipp om at den enkelte selv bestemmer over sitt eget bilde som et formuesgode. Det var sammenstillingen med den bestemte teksten som ga det hele en reklameeffekt og ikke bildebruken i seg selv. Denne avgjørelsen skiller seg fra påskebilde-avgjørelsen ved at det ikke er snakk om ekstern viderebruk uten samtykke, men en bruk som objektivt sett er samtykket i, men der bildene blir plassert i en kontekst som gir en reklameeffekt som det ikke er samtykket i. I dag kunne saken også vært løst med hjemmel i markedsføringsloven § 1.

Det vil ofte også gjelde tidsbegrensninger i forhold til hvor lenge et samtykke kan sies å gjelde.^{42,43} Dersom en person stiller seg til disposisjon for et politisk parti i forbindelse med valget i 2009, vil samtykket kunne sies å opphøre i det valgkampen er over. En annen side av dette er at fotografiet ofte må anvendes innen en viss tid. Har det gått lengre tid fra samtykket ble avgitt, og bildet ennå ikke er blitt benyttet, må det antas at den fotograferte har adgang til å tilbakekalle samtykket.⁴⁴

⁴¹ NIR 1966 s. 241-242

⁴² Galtung (1991) s. 95

⁴³ Mæland (1984) s. 38

⁴⁴ Galtung (1991) s. 95

7.3 Formodning om at samtykke foreligger

I enkelte tilfeller oppstår det tvil om det i det hele tatt er avgitt et samtykke i henhold til åvl. § 45c. I slike tilfeller kan omstendighetene i saken likevel tilsi at samtykke foreligger. En situasjon er der den avbildede har mottatt et honorar for fotograferingen. I et slikt tilfelle ligger det dermed gjerne en forutsetning om at fotografen også skal kunne offentliggjøre bildet, innenfor de forutsatte rammer for bruken. Det har dermed formodningen for seg at det foreligger samtykke også til publisering.⁴⁵ Formodningen virker uproblematisk for de typiske ”modelloppdragene”, der jobben består i å la seg avbilde mot betaling. Situasjonen stiller seg annerledes i et fast arbeidsforhold der arbeidstaker månedlig mottar en bestemt sum penger i lønn og arbeidet ikke består av å la seg fotografere. I Elling-saken, hvis faktum er beskrevet i avhandlingens punkt 8.1.5., prosederte saksøkte på at:

”Hvor bilder blir tatt som en del av arbeidsforholdet, må man kunne anta at retten til å bruke bildene er gått over til arbeidsgiveren.”⁴⁶

Retten kommenterer ikke direkte spørsmålet om arbeidsgiver uten videre skal sies å overta retten til å bruke bildet, men synes ikke å vektlegge dette, og kommer til det resultat at samtykke ikke er gitt for den aktuelle bruken. Etter min mening vil det føre for langt dersom man generelt skal kunne legge til grunn at rettighetene til bildet er gått over til arbeidsgiver, da dette avhenger av type arbeidsforhold og hva slags bildebruk det er snakk om. Når det tas bilder av ansatte til selskapets hjemmesider, vil ikke dette uten videre også gi adgang for selskapet til å benytte de samme bildene i reklame for selskapet med begrunnelse i arbeidsforholdet i seg selv og at vedkommende står på selskapets lønningsliste. Personvern hensyn taler for at det bør være en nær sammenheng mellom avlønningen og fotograferingen for at man skal kunne si at samtykke er avgitt. Det vil det ikke nødvendigvis være i sistnevnte tilfelle.

⁴⁵ Mæland (1984) s. 38

⁴⁶ RG-2003-868

Dersom en avbildet person forholder seg taus, kan det at vedkommende har latt seg avbilde, og omstendighetene forøvrig, tilsi at det foreligger et stilltiende samtykke til å gjengi eller vise fotografiet. Om slik konkludent atferd foreligger, må vurderes konkret. I visse tilfeller kan det at noen villig stiller opp for fotografering også innebære at det er gitt samtykke til publisering, forutsatt at man forstår at bildet skal publiseres. Det vil være av betydning om man vet hvem fotografen er og formålet med fotograferingen.⁴⁷ Om en fotograf tar bilde av en gruppe mennesker som går over Beseggen, forutsatt at bildet ikke faller inn under unntakene i § 45c, kan ikke fotografen, uten samtykke, senere benytte bildet til en reklame for norsk turistnæring. At personene ikke har noe imot å bli fotografert, og fotografen ikke gir ytterligere informasjon, vil man ikke kunne forstå som at det dermed foreligger et stilltiende samtykke til gjengivelse og/eller visning. Et annet eksempel knyttet til formålet med fotograferingen, er dersom man ved å gi pressen adgang til en motevisning, og modellene er inneforstått med dette, har det formodningen for seg at man dermed også godtar at bilder vil bli publisert i media. Da forutsetningsvis som del av motereportasjer. Dersom noen velger å publisere bilder av enkelte av modellene på nettsider med pornografisk innhold, vil dette være en krenkelse av ”retten til eget bilde”.⁴⁸

Når dette er sagt, bør det likevel påpekes at det må utvises forsiktighet med å forutsette at det er avgitt samtykke. Faren er at personlighetsvernet dermed lett kan bli uthulet.⁴⁹ Som tidligere nevnt er det viktig at de som typisk benytter seg av personbilder i sitt virke innarbeider gode kontrollrutiner.

7.4 Mindreårige mv.

Når det gjelder umyndige personer, følger det av vergemålsloven av 22. april 1927 nr. 3 § 2 at de ikke har mulighet til å binde seg ved rettshandel. Bestemmelsen retter seg mot de

⁴⁷ Mæland (1984) s. 38

⁴⁸ Rt-2001-1691

⁴⁹ Rt-1983-637 s. 639

formuerettslige forhold. Det vil eksempelvis ikke være adgang for et reklamebyrå, som ønsker å bruke ei ung jente i en reklameannonse, å bygge på den mindreåriges samtykke alene. Her er foreldrenes samtykke nødvendig. Hvis det ikke er snakk om formuerettslige forhold, bør man i visse tilfeller kunne forholde seg til den mindreåriges samtykke. Det følger av barneloven av 8. april 1981 nr. 7 § 30 at foreldreansvaret innenfor visse grenser innebærer en rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet i personlige forhold. Foreldre er med andre ord innrømmet stor innflytelse overfor barnet, og bør alltid ha det siste ordet når det kommer til viktige avgjørelser for barnet. Foreldre har større livserfaring og kan i større grad se rekkevidden av de mange valg som skal tas. Samtidig heter det i lovens § 33 at barnet skal gis en viss selvråderett. Denne selvråderetten er viktig for at barnet skal kunne utvikle seg som menneske.

Foreldrenes rett og plikt til å ivareta barnets interesser må balanseres opp mot barnets rett til å bestemme selv. Her er det snakk om en offentliggjøring av et bilde av barnet. Dette er et område der personvern hensyn gjør seg særlig gjeldende. Når man har med barn å gjøre, vil det være enda viktigere å verne om deres person. Dette tilsier at utgangspunktet nok må være, også når det ikke er snakk om formuesforhold, at samtykke fra de med foreldreansvaret er påkrevd. Av momenter som kan og bør trekkes inn i vurderingen er barnets alder, grad av modenhet og naturligvis hva slags type situasjon avbildningen viser.

Selv om en person er myndig, vil ikke alltid den som vil bruke bildet kunne bygge på et avgitt samtykke. Typiske tilfeller vil være dersom vedkommende som samtykker er beruset eller sinnssyk. Et mulig rettslig grunnlag er avtaleloven § 33 om ugyldige viljeserklæringer.

7.5 Tilbakekall av samtykke

Enda en problemstilling i forbindelse med samtykkespørsmålet er om det er adgang til å tilbakekalle samtykket av ulike grunner. Utgangspunktet er klart. Prinsippet om at avtaler skal holdes gjelder også her. For at brukeren skal kunne benytte bildet, vil det ofte virke urimelig dersom han til enhver tid må ta høyde for at samtykket kan bli tilbakekalt. Av

hensyn til forutberegnelighet for brukeren bør det foreligge en god grunn for at et tilbakekall skal kunne aksepteres. Det kan eksempelvis oppstå situasjoner der det av hensyn til den avbildede må være berettiget å tilbakekalle et samtykke. Retten til eget bilde etter åvl. § 45c er som nevnt et utslag av et alminnelig personvern. En person har vern for sin personlighet og sjelsliv, og behovet for vern kan endre seg med tiden. Skal eksempelvis en ung jente, som lar seg avbilde naken av et magasin, måtte godta å se nakenbildene bli offentliggjort for all fremtid? Har hun vært ”ung og dum” kan rimelighetshensyn tilsi at hun bør kunne tilbakekalle samtykket. Intimfotografering står, på grunn av dets karakter, i en særstilling i forbindelse med tilbakekall av samtykke.

Et nærliggende rettslig grunnlag er avtl. § 36. Det avgjørende er hvorvidt det senere har inntrådt omstendigheter som tilsier at det vil virke urimelig å fastholde avtalen. Her som ofte ellers må man avveie de motstridende hensyn. Ofte vil medkontrahenten ha hatt kostnader i forbindelse med fotograferingen og den forventede bruken av bildene. Dette vil eksempelvis være kostnader i forbindelse med trykking av bildet, eller det kan være honorar til fotografen som har fotografert vedkommende. Om et tilbakekall blir akseptert, vil det kunne oppstå tildels store tap for medkontrahenten som har forholdt seg til avtalen. Den fotograferte må i et slikt tilfelle være forberedt på å refundere et eventuelt honorar.⁵⁰ Kong Christian Den Femtis Norske Lov 5-1-2 skal også nevnes i denne sammenheng. Bestemmelsen har neppe selvstendig betydning i dag, men den gir uttrykk for viktige avtalerettslige prinsipper som fortsatt gjelder i norsk rett. Det fremgår av NL 5-1-2 at en avtale skal holdes med mindre den strider mot ”Ærbarhed”. I dette ligger det en begrensning i avtaleprinsippet ved at avtaler som kan betegnes som usømmelige eller uanstendige ikke behøver å holdes. En avtale som innebærer ubetinget gjengivelse eller visning av nakenbilder er av en slik karakter at det nok kan betraktes som å stride mot ærbarhet. Selv om samfunnet har endret seg i stor grad siden dette prinsippet ble kodifisert i NL, bør et tilbakekall fra den avbildedes side respekteres av innehaveren av fotografiene.

⁵⁰ Mæland (1984) s. 40

8 Unntakene

Hovedregelen om at den avbildede selv bestemmer over sitt eget bilde blir vesentlig innskrenket gjennom unntakene i litra a) til e). Gjennom disse unntakene er det gitt en omfattende adgang til å offentliggjøre bilder uten samtykke fra den avbildede.

8.1 "Aktuell og allmenn interesse"

Det følger av unntaket som er oppstilt i § 45c første ledd litra a) at dersom "avbildningen har aktuell og allmenn interesse", kan fotografi offentliggjøres uten den fotografertes samtykke. Unntakets nærmere innhold behandles i dette kapittelet.

Hva som til enhver tid kan kvalifisere til å være av aktuell og allmenn interesse, og omfattes av samfunnets informasjonsbehov, vil endre seg med tiden i tråd med samfunnsutviklingen og den rollen samfunnet ønsker at mediene skal ha. Unntaket har derfor karakter av å være en rettslig standard. Spesielt media har som oppgave å informere befolkningen og således opprettholde sin opinionsdannende og opplysende funksjon i samfunnet. Bilder er et viktig virkemiddel for å gi best mulig informasjon, og bruk av personbilder, som vi her har med å gjøre, er omfattet av den alminnelige ytringsfriheten.⁵¹ Lovgiver har dermed ment at hensynet til den avbildede i visse tilfeller må vike til fordel for ytringsfriheten. Det går likevel grenser for hva pressen og andre kan tillate seg. At det ikke eksisterer en absolutt definisjon av "aktuell og allmenn interesse", medfører at tolkningen må bero på en konkret helhetsvurdering. Relevante momenter vil variere fra sak til sak, og vektleggingen av disse er også avhengig av sakskomplekset.

En normal språklig forståelse av "aktuell og allmenn interesse" tilsier for det første at det foreligger interesse for avbildningen på det tidspunktet bildet offentliggjøres. Det er ikke dermed sagt at det kun er de dagsaktuelle sakene som tillates offentliggjort. En pågående

⁵¹ NOU-1996-12, Medieombud

diskusjon i samfunnet om klimautfordringene verden møter vil også kunne ha aktuell og allmenn interesse. Unntaket tilsier videre at det skal være en bred interesse i samfunnet. Ordet ”allmenn” benyttes ofte som del av et annet ord. Eksempler er allmennkringkasting, allmenndannelse, allmennskole, allmenntilgjengelig mv.⁵² Det er snakk om noe som når ut til eller dreier seg om mange mennesker. Man vil neppe betegne arbeidskollegene sine som ”allmennheten” alene. At det må dreie seg om et visst antall mennesker synes klart. Samtidig kan ikke begrepet, slik det fremstår i § 45c, nødvendigvis ha samme innhold som vi tillegger det til vanlig. Det vil være å strekke begrepet for langt dersom det skulle være et krav om interesse hos ”alle”. Når det er Stortingsvalg, er dette noe som har aktuell og allmenn interesse. Et annet eksempel er dersom en bedrift i en liten bygd må foreta store nedbemanninger. Også dette vil ha aktuell og allmenn interesse, selv om hendelsen skjer på et lite sted. For lokalbefolkningen vil dette være av stor interesse, og personavbildninger av styrelederen vil typisk ha aktuell og allmenn interesse.

Rettspraksis til fotografiloven § 15⁵³ er til hjelp ved den nærmere tolkningen av unntaket i åvl. § 45c litra a). Begrepet ”aktuell og allmenn interesse” er drøftet i Busk-dommen, inntatt i Rt-1987-1082. I forbindelse med fremstilling for retten som vitne i en straffesak, ble en soningsfange fotografert av en journalist, og flere bilder kom på trykk i en avis. Vitnet skjulte seg under en jakke på vei inn i rettssalen. Til tross for dette stakk journalisten kameraet innunder jakken for å ta et bilde av vedkommende. Vitnet gjorde i den forbindelse motstand. Bakgrunnen var at vitnet tidligere hadde sultestreiket, hvilket pådro seg interesse fra pressen. Senere ble det også tatt enkelte bilder i skjul, mens vitnet stod vendt mot fotografen og med påsatt håndjern. Her var det snakk om en person som hadde vært i fokus i en annen sak enn den som gikk for domstolen på det aktuelle tidspunkt.

Det uttales om kravet ”aktualitet” at det i dette ligger en tidsavgrensning. Retten uttaler:

⁵² Ordnett.no, søk: ”allmenn”

⁵³ Lov om rett til fotografi av 17. juni 1960 nr. 1

”Det kan være at den det gjelder må tåle å bli avbildet i en bestemt situasjon eller tidsrom, men at han senere må ha krav på beskyttelse mot den publisitet som ligger i ny avbildning. I denne forbindelse vil ikke bare tidsforløpet ha betydning, men også den situasjon vedkommende befinner seg i.”⁵⁴

Denne uttalelsen viser at avbildningen over tid kan miste sin aktualitet. I det ene øyeblikket befinner vedkommende seg i offentlighetens lys og må tåle den publisitet som medfølger. Dette vil typisk være tilfelle for den som blir ”kjent” i forbindelse med at han selv har satt seg i en situasjon som får media til å fatte interesse for saken. Han er det man etter tysk rett kan kalle en ”relativt offentlig person”. Se punkt 8.1.1. Med tiden blekner imidlertid nyhetsinteressen, og den avbildedes vern bør gjenopprettes tilsvarende.

Medias interesse i vitnet var knyttet til hans dom i Sverige, i tillegg til strenge sikkerhetstiltak som var foretatt for å hindre rømming. Videre hadde vitnet tidligere sultestreiket. På denne bakgrunn mente retten at det var rimelig å bringe inn hans navn ved omtalen av den gjeldende sak. Et annet spørsmål var om det også var rimelig å trykke bilder av vedkommende. Retten uttaler følgende:

”Spørsmålet om det også var berettiget å bringe et bilde av ham, må bero på en konkret vurdering. For innsatte kan det bety en særlig belastning at de blir avbildet under soningstiden. Under enhver omstendighet mener jeg at det var uberettiget av --- å publisere de fotografier som ble tatt i bakgården. Det viser ham med påsatte håndjern, og særlig det ene av bildene, som er tatt på nokså nært hold, gir et inntrykk av A og hans situasjon som måtte virke sterkt på leserne.”

Retten viste også til andre momenter, som at vitnet hadde protestert og at fotografiene var tatt i skjul. Disse var ikke avgjørende etter ordlyden, men var relevant for den helhetsvurderingen som ble foretatt. I sammenheng med protester fra den avbildede er det klart at dette alene ikke alltid er nok til at man ikke kan vise eller gjengi en personavbildning. Mæland har, og senere med støtte fra Galtung, uttalt at den som ønsker å

⁵⁴ Rt-1987-1082 s. 1086

gjengi eller vise et bilde ikke er forpliktet til å ta hensyn til en protest, dersom informasjonshensyn klart må gå foran den personlige integritet.⁵⁵⁵⁶

En annen sak som kan trekkes inn i forbindelse med aktualitetskravet er Rt-1995-1948. I denne saken ble det lagt til grunn at Se og Hør ikke hadde adgang til fritt å gjengi bilder av Arne Næss, Diana Ross og deres barn. Saken dreide seg ikke om de avbildedes rettigheter, men fotografens. Se og Hør hadde uten tillatelse benyttet seg av TV-bilder fra et tidligere intervju. Interessant for avhandlingens problemstilling er imidlertid at Høyesterett foretar en vurdering av ordet ”dagshending” etter fotografiloven § 8. Retten tolker bestemmelsen dit hen at den *”...skal tilgodese allmennhetens interesse i best mulig informasjon om dagsaktuelle hendelser.”* Dommer Gussgard viser også til at *”sammenstillingen av ”dags” og ”hending” gir relativt klare indikasjoner på hva det siktes til.”* Videre, *”...jeg ser ingen grunn til å legge et snevert syn til grunn ved fortolkningen, i den forstand at hendelsen må ha spesielt stor nyhetsverdi eller være av interesse for en stor del av befolkningen. Men et visst minstemål av generell nyhetsverdi må kreves.”*

Også unntaket i åvl. § 45c retter seg mot pressens dekning av nyhetsbildet. Det er derfor god grunn til å tillegge forståelsen av ”dagshending” betydning for hva som skal anses å ha aktuell og allmenn interesse. Av relevans for sin tolkning trekker førstvoterende frem departementets uttalelse om *”den moderne nyhetsreportasje”* *”... og hva som kan anses som nyhetsreportasje blir derfor et viktig element ved vurderingen...”* Nyhetsreportasjer er først og fremst skildringer om hva som skjer i øyeblikket. Publiseringer av bilder bør også være forankret i noe som i øyeblikket har interesse for folk. Likevel bør ikke kravet forstås for strengt. En hendelse eller situasjon mister ikke nødvendigvis sin aktualitet ved dagens slutt. Det må aksepteres et visst tidsspenn. Nettaviser vil kunne publisere nyheter som nettopp har kommet ut fordi nyhetene kan ”trykkes” umiddelbart. Andre medier kommer ut på ukebasis eller hver måned. Disse bør ikke uten videre være avskåret fra å publisere bilder. Igjen beror utfallet på en konkret helhetsvurdering. Videre er det klart at ”aktuell og

⁵⁵ Mæland (1984) s. 28

⁵⁶ Galtung (1991) s. 104-105

allmenn interesse” ikke kan begrenses til ”dagshendinger”. En avisreportasje eller et TV-innslag kan ha interesse, selv om den aktuelle sak ikke er dagsaktuell. Rovdyrpolitikken i Norge eller klimaendringer er tilbakevendende diskusjoner. Offentliggjøring av bilder i denne sammenheng kan ha aktuell og allmenn interesse, selv om det ikke nylig har funnet sted angrep på eksempelvis husdyr eller jakthunder.

Fornyelse av avbildningens aktualitet kan også forekomme. Dersom ny informasjon skulle dukke opp i en sak, vil ny publisering av personbilder kunne forsvares. Fotografiet vil da på nytt kunne ha aktuell og allmenn interesse.

8.1.1 Betydningen av hvem den avbildede er

Kravet til aktuell og allmenn interesse stilles til selve avbildningen. En kjent person medfører ikke alene at et bilde av vedkommende har slik interesse. Hvem den avbildede er, har imidlertid, sammen med andre momenter, betydning for helhetsvurderingen. Det er i utgangspunktet stor forskjell på om det i landets aviser og fjernsynskanaler publiseres et bilde av ”Hvermannen” eller Kong Harald. Avbildninger av begge kan ha aktuell og allmenn interesse, men plassert i samme situasjon, vil som hovedregel den kjente personen måtte finne seg i mer enn den ukjente.

Forarbeidene til fotografiloven av 1909 kan gi en viss veiledning i forståelsen av bestemmelsen:

*”Den almindelige regel om den afbildede persons samtykke kan ikke oppstilles uden begrænsning. Enkelte personer tilhører på grund af sit virke mer samfundet end de øvrige. Andre træder ved en enkelt begivenhed eller anledning for et øieblik ud af privatlivets halvlys. I saadanne tilfælde bør dagspressen og den illustrerede presse have lov til at offentliggjøre et fotografi af vedkommende person uden at behøve at indhente hans samtykke.”*⁵⁷

⁵⁷ ”Udkast til lov om fotografirett med motiver...” (1907) s. 13

Som det fremgår her vil regelen særlig ha betydning for personer som i kraft av sitt virke er mer eller mindre kjent i samfunnet. De blir ofte omtalt som offentlige personer eller kjendiser, ettersom de har havnet i offentlighetens lys. Det ligger ingen begrensning for hvilke livsområder det dreier seg om. Eksempler er kongelige, politikere, idrettsutøvere, musikere og personer fra næringslivet. Videre fremgår det av motivene at nedslagsfeltet også omfatter én enkelt hendelse som i seg selv tilsier at avbildningen har aktuell og allmenn interesse. I slike tilfeller vil også ukjente personer i utgangspunktet måtte finne seg i å se ansiktet sitt i avisen eller på TV, så lenge hendelsen avbildningen viser til har aktuell og allmenn interesse. Et eksempel er asylsøkere som sultestreiker foran en kirke på grunn av avslag på asylsøknaden sin. I et slikt tilfelle bør det være greit at mediene retter sin interesse mot denne situasjonen, herunder trykke et bilde av asylsøkerne foran kirken.

Hvorvidt det er snakk om skikkelser som er kjente internasjonalt, nasjonalt eller lokalt er uten betydning. Et bilde av ordføreren i lokalavisa vil typisk kunne ha aktuell og allmenn interesse i lovens forstand, selv om det ikke nødvendigvis har interesse for andre enn kommunens innbyggere, og han ikke er kjent utover kommunegrensene. Ordføreren er en offentlig person i kraft av sitt virke som øverste leder av kommunen og vil typisk omfattes av unntaket.

En liknende sontring er foretatt også i tysk rett. I forhold til den tilsvarende vurderingen i tysk rett er det gjort unntak for *”Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte”*⁵⁸ Dette innebærer at avbildninger som kan sies å falle inn under samtidshistorien skal tillates publisert. I forbindelse med dette unntaket er det i tysk teori vært vanlig å foreta en sontring mellom *”relative und absolute Personen der Zeitgeschichte”*.⁵⁹⁶⁰ De skiller med andre ord mellom relative og absolutte personer av samtiden. Den sistnevnte gruppen må som utgangspunkt finne seg i det meste av offentliggjøring av sitt bilde når avbildningen er

⁵⁸ Kunsturhebergesetz § 23 (1) nr. 1.

⁵⁹ Eisenbarth (2000)

⁶⁰ Fechner (2008) s. 32

begrunnet i informasjonshensyn og man ikke befinner seg innenfor privat- eller familielivet. Hvor grensen mellom de to grupper går, er ikke skarp, men den samsvarer i hovedtrekk med uttalelsene i forarbeidene til fotografiloven av 1909. Mæland uttaler i denne sammenheng at bilder av slike ”absolutte” offentlige personer som regel alltid vil ha aktuell og allmenn interesse.⁶¹ De relativt offentlige personene er personer som gjennom en bestemt situasjon eller hendelse av allmenn interesse, frivillig eller ufrivillig har kommet i medias søkelys. Interessen er knyttet til personen og det enkelte tilfellet. Mæland sier imidlertid samtidig at han er tvilende til hva man kan vinne med en slik skarp inndeling. Absolutte offentlige personer har også et vern i det offentlige rom. Jeg er enig med Mæland om at en skarp inndeling i absolutte og relative offentlige personer ikke er nødvendig. Likevel innebærer ikke det at hvilken rolle personen har i samfunnet er uten betydning. Dette er, i likhet med øvrige momenter, av betydning for den helhetsvurdering som må foretas.

8.1.2 Kjente personers nærstående

Offentlige personers nærstående må til en viss grad finne seg i å bli avbildet når de er sammen med den offentlige personen, men også her må man se på de aktuelle omstendighetene og de hensyn som gjør seg gjeldende. Hvorvidt det er adgang til å avbilde nærstående alene, og ikke sammen med den personen som er kjent, er uklart. Det bør imidlertid her, som for personer som ufrivillig har havnet i offentlighetens lys, stilles strengere krav enn hva som gjelder for kjente personer. En sak som ble behandlet i Pressens faglige utvalg (PFU) kan i denne sammenheng trekkes frem.⁶² Her hadde den tidligere fotballspilleren Ole Gunnar Solskjærs kone, Silje Lyngvær, klaget Se og Hør inn for utvalget. Begrunnelsen for klagen var at bladet hadde krenket privatlivet til parets sønn. Ole Gunnar Solskjær var ikke avbildet i forbindelse med reportasjen. PFU kom til at Se og Hør hadde brutt god presseskikk. PFU uttalte i denne sammenheng:

⁶¹ Mæland (1984) s. 14

⁶² PFU-sak nr. 117/04

“Selv om det i enkelte tilfeller også kan være rett å publisere bilder som er tatt av kjente personers familiemedlemmer i deres private sfære, uten de berørtes samtykke, har utvalget tidligere påpekt at forutsetningen da må være at bildene dokumenterer forhold av vesentlig samfunnsmessig betydning.”

Dette tyder på at terskelen for å publisere personbilder bør settes høyere for de nærstående, men at også de i visse tilfeller må forvente å bli avbildet. Dette kan tilsi at dette er en persongruppe som kan falle inn under det som ovenfor behandles som “relative offentlige personer”. Det er imidlertid igjen viktig å påpeke at det er “avbildningen” som må ha aktuell og allmenn interesse. Fotografier av kjente personers familie kan ikke, i og med familiebandene, alene være tilstrekkelig til at unntaket i åvl. § 45c første ledd litra a skal komme til anvendelse. Det skal nevnes at Silje Lyngvær til enhver tid bevisst hadde avvist pressens forespørsler om intervjuer og avbildninger. Hadde klager selv holdt en mer offentlig profil, kan det tenkes resultatet kunne vært annerledes.

Vær varsom-plakaten har et eget punkt om barn. I punkt 4.8. heter det at:

“Når barn omtales, er det god presseskikk å ta hensyn til hvilke konsekvenser medieomtalen kan få for barnet. Dette gjelder også når foresatte har gitt sitt samtykke til eksponering. Barns identitet skal som hovedregel ikke røpes i familietvister, barnevernsaker eller rettssaker.”

I PFU-sak nr 056/06 var blant annet dette et tema. Saken gjaldt bilder av datteren til prinsesse Märtha Louise og Ari Behn som ble publisert i Se og Hør. På tidspunktet for fotograferingen protesterte prinsesse Märtha Louise og ga beskjed om at hun ikke ville at bildene skulle publiseres. I den forbindelse uttalte utvalget at det i og for seg hadde en nyhetsverdi å trykke bilder av datterens ridetimer og påpeke det faktum at hun gikk i morens fotspor. Likevel vekter utvalget hensynet til barnet tyngre når de sier at prinsesse Märtha Louise og Ari Behn først og fremst er foreldre med ansvar for datterens utvikling. Pressen skal vektlegge foreldrenes motstand mot omtale av barnet. PFU kom til at Se og Hør hadde handlet kritikkverdig. Det vil dermed være grunn til å hevde at når den

nærstående er barn, vil dette være et styrkende moment, til fordel for personvernet, ved den interesseavveiningen man må foreta.

8.1.3 Selvekspnering

Enda et moment i helhetsvurderingen er i hvilken grad den avbildede selv har bidratt til sin egen eksponering i "rampelyset". I den såkalte Blichfeldt-dommen uttalte retten at man måtte finne seg i mer dersom man hadde *"stilt seg til skue i det offentlige liv"*⁶³ Når man selv eksponerer seg, oppheves også en del av personvernet. Nylig ble det avsagt dom i Borgarting lagmannsrett i den såkalte MEMO-saken.⁶⁴ Saken gjaldt et forsidebilde av Ahmad Youssef El Youssef, som var tatt under en demonstrasjon. Under bildet stod det skrevet: *"Frykter sosial bombe"* og med mindre skrift: *"Innvandring er vår tids største politiske utfordring, sier arbeids- og inkluderingsminister Bjarne Håkon Hanssen"*. Demonstrasjonen var opprinnelig knyttet til diskusjonen rundt Mohammed-tegningene. I tingretten kom retten til at publiseringen var ærekrenkende med den begrunnelse at bildet kun viste El Youssef, at det ikke gikk frem av bildet at han deltok i en demonstrasjon og at det ikke fremgikk hvilken sammenheng bildet var tatt. I Lagmannsretten blir det derimot, ved vurderingen av åvl. § 45c, lagt til grunn at bildet og sammenhengen det ble satt i, har allmenn interesse, og videre at bildet var en relevant illustrasjon. Lagmannsretten bemerket dernest at El Youssef selv hadde valgt å delta i den kontroversielle demonstrasjonen, og at han da selv hadde satt seg i nyhetsbildet. Fotografen hadde valgt ut El Youssef nettopp fordi han fremstod som svært agiterende under demonstrasjonen. Ved å delta i debatten måtte han dermed tåle en slik publisering.

⁶³ Rt-1994-174 s. 182

⁶⁴ Borgarting lagmannsretts dom 25.09.2008, saksnr. 07-183948ASI-BORG/02

8.1.4 Berettigede interesser

Lovgiver har i åvl. § 45c foretatt en avveining av de motstridende interesser som gjør seg gjeldende ved offentliggjøring av personbilder. Hensynet til den avbildede er ivaretatt gjennom hovedregelen, mens ytringsfriheten er ivaretatt gjennom unntaket om aktuell og allmenn interesse. En ytterligere interesseavveining under spørsmålet om aktuell og allmenn interesse foreligger, synes det imidlertid ikke å være rom for. (Dette poenget er også av interesse når det gjelder relasjonen til EMK art. 8 og 10. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 8.1.6.) I forarbeidene påpekes det at personvern hensyn kommer inn i vurderingen selv om dette ikke følger direkte av loven.⁶⁵ De viser deretter til Mæland, som hevder at bestemmelsen må leses med en avveiningsmarkør, i den forstand at *”tungtveiende personvern hensyn tilsier at det likevel må antas utilbørlig å publisere bildet”*.⁶⁶ At slike interesser skal tas hensyn til kommer likevel først inn etter at det er konstatert at aktuell og allmenn interesse foreligger. Slike berettigede interesser er ikke med på å begrunne at aktuell og allmenn interesse foreligger, men representerer snarere et unntak fra unntaket. Slik er dette også løst i tysk rett, men der er det uttrykkelig tatt inn en bestemmelse om berettigede interesser.⁶⁷ Når slike interesser foreligger, vil offentliggjøring av bilder typisk være utilbørlig overfor den avbildede. Her skal enkelte berettigede interesser kort fremheves.

For det første er det klart at et menneskes intimsfære må antas å nyte et særlig vern mot publisering. Avbildes en person naken, befinner man seg innenfor den mest intime sfære hos et menneske. Tas det bilde av en badende politiker i det han kommer naken opp av vannet vil dette typisk være et tilfelle der en eventuell publisering vil kunne være en overtredelse av åvl. § 45c.

⁶⁵ NOU 1996:12 pkt. 7

⁶⁶ Mæland (1984) s. 15

⁶⁷ Kunsturhebergesetz § 23 (2)

For det andre må ethvert menneske kunne forvente å kunne trekke seg tilbake til sin egen privatsfære. Herunder forstås både den enkeltes privatliv og familielivet. Hvor grensen går er uklar, men det må være klart at privatsfæren ikke kan være begrenset til hjemmets fire vegger. Også avbildning i det offentlige vil kunne rammes. Men som Mæland også påpeker, bør det være adgang til å publisere bilder av offentlige personer dersom *”det i det konkrete tilfelle foreligger en begrunnet offentlig informasjonsinteresse som oppveier personvern hensynene”*.⁶⁸

Måten publiseringen skjer på vil videre kunne være av betydning. Her kan typisk sammenstillingen av bilde og tekst trekkes frem. Bildepubliseringen i seg selv kan være i orden, men når fotografiet settes sammen med en gitt tekst, vil sammenhengen fremstå slik at det må antas å være rettsstridig. Dette var et moment Høyesterett vektla i Busk-dommen. Førstvoterende viser til hendelsen der vitnet protesterte mot journalisten. I avisoppslaget fikk leseren inntrykk av at den avbildede opptrådte voldsomt overfor journalisten. I overskriften stod det ”Spark mot VG-fotograf”. Det ble ikke gitt noen opplysninger om hva som foranlediget situasjonen som oppstod.

Videre vil det kunne tenkes tilfeller der manipulering av bilder medfører at den avbildede fremstår på en annen måte enn hva som fremgår av det originale bildet.

Dersom personen på en eller annen måte fremstår som særlig sårbar, vil en publisering også kunne bli regnet som utilbørlig. Dette vil typisk kunne være tilfelle dersom den avbildede eksempelvis gråter, er redd, sint eller beruset.⁶⁹ Situasjonen der en person blir fotografert kan bære preg av så sterke følelser at vedkommende raskt vil få en særlig negativ eksponering av sin person og sitt følelsesliv. I slike tilfeller vil det da også stilles strengere krav til en eventuell påberopt informasjonsinteresse.

Reklamebruk vil også ofte være utilbørlig. Se neste punkt.

⁶⁸ Mæland (1984) s. 20

⁶⁹ Mæland (1984) s. 29

8.1.5 Personlig bilde i reklame og annen kommersiell sammenheng

Jeg skal her se nærmere på bruk av personlig bilde i reklame og annen kommersiell utnyttelse. Spørsmålet som reises er om reklame og kommersielle interesser er beskyttet av unntakene. Reklame kan være så mangt. Hvor grensen går for hva som er akseptert reklamebruk er uklart. En viss reklamebruk vil under visse omstendigheter være greit, selv uten samtykke. Galtung tar sikte på at det må skilles mellom de tilfeller der den avbildede har en forbindelse til reklameproduktet og der vedkommende ikke har noe med produktet å gjøre.⁷⁰ Han påpeker videre at de viktige vurderingstema er hvor offentlig personen er, type produkt, og hvor nær sammenhengen er mellom produktet og den avbildede.⁷¹

Dersom det blir skrevet en biografi om en person, kan offentliggjorte bilder av vedkommende benyttes som illustrasjon i boken. Dette følger av åvl. § 45c litra e). I forbindelse med publiseringen av en bok, vil ofte reklame for denne bli benyttet. I tillegg vil gjerne forsidebildet av den portretterte ha en reklameeffekt. I et tilfelle som dette er sammenhengen mellom den avbildede og produktet helt vesentlig. I tillegg er det et produkt som allerede etter unntaket i litra e) er akseptert. Dette taler da for at også reklame i en viss utstrekning må være lov.

Et eksempel der personen har en forbindelse til produktet er der en persons bilde etter samtykke publiseres i et ukeblad, og i tillegg brukes i reklame for det aktuelle nummeret eller publikasjonen. Mæland mener at annonser som relaterer seg til reportasjen i bladet bør godtas.⁷² En uforbeholden adgang til reklamebruk i slik sammenheng kan derimot ikke aksepteres. Det må skje innenfor rimelighetens grenser.

⁷⁰ Galtung (1991) s. 101

⁷¹ Ibid. s. 102

⁷² Mæland (1984) s.17-18

Av interesse er ”Elling-saken”.⁷³ Saken gjaldt erstatning for bruk av fotografi. En bok var blitt tolket i film og teater, og skuespilleren Per Christian Ellefsen hadde rollen som hovedpersonen Elling. Da en bokklubb skulle presentere en ny bok i ”Elling-serien”, trykket de rollebilder av skuespilleren fra teaterstykket i kubbens medlemsblad. Det var ikke innhentet samtykke til denne bruken. Tingretten kom til at brukens omfang og størrelsen på bildene tilsa at bokklubben måtte innhente et uttrykkelig samtykke fra Ellefsen. Bildebruken hadde også en reklameeffekt. Skuespilleren ble tilkjent erstatning på kr. 50.000,-.

Retten uttaler:

*”Etter rettens syn har bruk av slike bilete for illustrasjon aktuell og allmenn interesse, jf. åndsverklova § 45c bokstav a. Bokspeilet er både reklametrykksak, medlemsblad og kulturformidling på same tid. Ei bokmelding går etter rettens syn inn under det siste, sjølv om ho står i ein reklametrykksak. Retten kan vanskeleg sjå at rimeleg illustrasjonsbruk i eit slikt tilfelle er eit personvernspørsmål.”*⁷⁴

Bokmeldingen var, etter rettens oppfatning, først og fremst kulturformidling og hadde således aktuell og allmenn interesse. Dermed var det adgang til en ”rimelig illustrasjonsbruk”. Det vises imidlertid også til hvilken markedsføringseffekt bildene av ”Elling” måtte antas å ha. Det kan derfor virke som om retten derfor trekker dette inn som en reservasjon i sammenheng med unntaket. Omfanget av bruken og størrelsen på bildene av Ellefsen gikk utover det som var rimelig, og retten konkluderte derfor med at graden av eksponering fordret særskilt samtykke. Derfor var det også en krenkelse av § 45c og åvl. § 55 ga grunnlag for erstatning.

Det skal utvises varsomhet med å legge for stor vekt på en underrettsdom. Retten tar ikke uttrykkelig stilling til personvernets formuesrettslige side. Likevel skal det pekes på visse

⁷³ RG-2003-868

⁷⁴ RG-2003-868 avsnitt 4 i rettens bemerkninger.

sider av denne saken. Det kan tyde på at en rimelig illustrasjonsbruk, også når dette har en markedsføringseffekt, bør aksepteres, selv uten samtykke. Hva som er ”rimelig” bruk er imidlertid ikke klart. Her må det foretas en konkret helhetsvurdering, og i den sammenheng er Galtungs momenter, som det er vist til ovenfor, av betydning. Ytringsfriheten verner også om reklame og annen kommersiell virksomhet. Den bør imidlertid ikke strekkes lenger enn hensynet til ytringens informasjonsverdi tilsier.⁷⁵ Dette tyder på at de rene reklamene som ikke bidrar med noe annet utover å tjene utgiverens økonomiske interesser, ikke kan begrunnes i unntakene i § 45c. Bakgrunnen for unntakene er nettopp å ivareta ytringsfriheten, herunder pressefriheten. Rene kommersielle interesser er ikke beskyttet.

I Elling-saken var det først og fremst Ellefsens eget bilde som formuesgode som var krenket. Enkelte mennesker har, i kraft av sitt virke, opparbeidet seg en kommersiell verdi. De har da mulighet til å stille opp i reklame eller annen kommersiell sammenheng mot honorar. Dersom en virksomhet benytter seg av et slikt personbilde uten samtykke, er dette etter omstendighetene å betrakte som en formueskrenkelse. For Ellefsen kunne den utstrakte bruken medføre en forringelse av hans markedsverdi, både som skuespiller og reklameobjekt.

I denne sammenheng skal også den såkalte Jannicke-dommen fra Horten herredsrett trekkes frem.⁷⁶ Saken gjaldt bruken av et bilde av musikkartisten Gry Jannicke Jarlum uten samtykke. Saksøkte hadde hentet bildet fra en tidligere reklameannonse og benyttet dette, sammen med artistens navn, i sin produksjon av jakkemerker. Her var det ikke snakk om reklame, men ren kommersiell utnyttelse. Spørsmålet var om tilfellet falt inn under unntaket i fotografiloven § 15, som i dag tilsvarende avl. § 45c litra a). Retten viser til at unntaket tar sikte på publiseringer i massemedia.

⁷⁵ Stenvik (utvidet artikkel) s. 626

⁷⁶ RG-1983-822

”Den ”publisering” saksøkte har stått for faller helt utenfor det området loven tar sikte på. Det er her snakk om ren kommersiell utnytting av et fotografi. Saksøktes bruk av fotografiet tjener ingen annen hensikt enn å skaffe ham inntekter av salget.”⁷⁷

Det avgjørende var at det ikke var knyttet noen nyhets- og informasjonsverdi til bildebruken. Retten konkluderte deretter med at det forelå en krenkelse i relasjon til fotografiloven § 15.

Uten at det her er rom for en inngående drøftelse av markedsføringsloven, skal det likevel kort nevnes at de nevnte tilfellene også kan være en krenkelse av markedsføringsloven § 1 om handling som strider mot god forretningsskikk. Det skal i tillegg nevnes at det fra det internasjonale handelskammeret uttrykkelig er sagt i Consolidated ICC code on advertising and marketing communication practice artikkel 14 at *“Marketing communication should not portray or refer to any persons, whether in a private or a public capacity, unless prior permission has been obtained...”*⁷⁸ Dette har ikke stor rettskildemessig betydning, men sier noe om store deler av bransjen selv mener bildebruk skal praktiseres.

8.1.6 Norsk rett og relasjonene til EMK

EMK er gjort til intern norsk rett gjennom menneskerettsloven⁷⁹. Det følger av mrl. § 3 at EMK ved motstrid skal gå foran norsk internrett. Dette medfører at rettspraksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstol er av betydning ved tolkningen av norske bestemmelser. I forbindelse med personlighetens rettsvern, herunder retten til eget bilde, er artiklene 8 og 10 om henholdsvis respekt for privatlivet og ytringsfrihet av stor betydning. En viktig avgjørelse i denne sammenheng er den såkalte Hannover-dommen.⁸⁰

⁷⁷ RG-1983-822 s. 826

⁷⁸ Advertising and marketing communication practice – Consolidated ICC code, s. 15

⁷⁹ Menneskerettsloven § 2

⁸⁰ von Hannover v. Germany

Prinsesse Caroline von Hannover klagde til EMD på det hun mente var en krenkelse av hennes privatliv med hjemmel i EMK art. 8. Det var snakk om publisering av fotografier som viste prinsessen under sysler av klart privat karakter og som hadde funnet sted i det offentlige rom. Bildene var publisert i tyske magasiner.

På bakgrunn av den forutgående avgjørelsen fra forfatningsdomstolen i Tyskland (BVG), mente retten at det ved tolkningen av Kunsturhebergesetz (KUG) § 23 ikke var foretatt en balansert avveining av de kryssende hensyn, nemlig respekt for privatlivet og ytringsfriheten.⁸¹ Om denne balanseringen uttaler domstolen følgende i avsnittene 59 og 60:

*”Although freedom of expression also extends to the publication of photos, this is an area in which the protection of the rights and reputation of others takes on particular importance. ... In the cases in which the Court has had to balance the protection of private life against freedom of expression, it has always stressed the **contribution** made by photos or articles in the press to a **debate of general interest**.”*⁸²

Det fremgår her at det skal vektlegges hvorvidt publisering av bilder og artikler kan sies å bidra til en debatt av allmenn interesse. Her presiserer EMD hva ytringsfriheten er ment å beskytte. Det er ikke adgang til å publisere hva som helst i ytringsfrihetens navn. Den videre drøftelsen viser at det blir foretatt en verdivurdering av det som publiseres. EMD presiserer sitt standpunkt gjennom sine uttalelser om at:

”The situation here does not come within the sphere of any political or public debate because the published photos and accompanying commentaries relate exclusively to details of the applicant’s private life. 65. As in other similar cases it has examined, the Court consider that the publication of the photos and articles in question, the sole purpose of which was to satisfy the curiosity of a particular readership regarding the details of the applicant’s private life, cannot be deemed to

⁸¹ Ibid. avsnitt 58

⁸² (Min utheving)

contribute to any debate of general interest to society despite the applicant being known to the public.”⁸³

Å stille lesernes nysgjerrighet kvalifiserer ikke til å anses som et tilskudd til en offentlig debatt, selv om den avbildede er en offentlig person.

Retten uttaler videre:

*”The Court considers that a fundamental distinction needs to be made between reporting facts – even controversial ones – capable of contributing to a debate in a democratic society relating to politicians in the exercise of their functions, for example, and reporting details of the private life of public figures, particularly where politicians are concerned.”*⁸⁴

Domstolen knytter sine betraktninger opp mot hvem den avbildede er i sammenheng med omstendighetene. Dette henger sammen med at BVG i sin behandling la til grunn at von Hannover var en ”absolutt person av samtiden”. Hun måtte finne seg å bli avbildet i det offentlig rom, med mindre hun tydelig hadde søkt å være avskjermet. EMD, på sin side, sier imidlertid at vernet gjelder i det offentlige rom, også for kjente personer. De påpeker at prinsesse Caroline befant seg i det offentlige rom, og konkluderte med at det ikke var adgang til å publisere personbilder, når disse utelukkende var relatert til private forhold. Retten trekker frem politikere som en gruppe mennesker som må finne seg i at også detaljer fra privatlivet kan publiseres, men det er av vesentlig betydning at publiseringen kun er tillatt dersom bildene har relevans for vedkommendes funksjon. Prinsesse Caroline hadde ingen funksjon i samfunnet. For politikere vil det oftere være annerledes. Det kan under tiden være av interesse hvordan en politiker selv eksempelvis ordner familielivet, sett opp mot dennes standpunkt i landets familiepolitikk. Det er neppe meningen at det med dette skal oppstilles et krav om samfunnsfunksjon for at offentliggjøring av bilder i det hele tatt skal kunne foretas. Det EMD her påpeker er at ingen av bildene hadde noen relasjon til von

⁸³ von Hannover v. Germany, avsnitt 64 og 65

⁸⁴ Ibid. avsnitt 63

Hannovers eventuelle funksjon eller virke. Da står også hensynet til privatlivet sterkere ved avveiningen mot ytringsfriheten.

Det har vært anført at dommen medfører en styrking av personvernet på bekostning av pressefriheten i norsk rett⁸⁵ Jeg er ikke uten videre enig i dette. Det EMD først og fremst poengterer i denne saken er at også kjente personer i samfunnet nyter et vern for privatlivet. Retten trekker inn det synspunkt at publiseringen må gi et tilskudd til den offentlige debatten. I relasjon til norsk rett, og da først og fremst åvl. § 45c, sier ikke EMD noe mer enn det som allerede følger av kravet om ”aktuell og allmenn interesse”. Begge sier det samme om hvor langt ytringsfriheten kan strekkes. Videre er det et poeng at avbildningen må sees i sammenheng med den fotografertes rolle i samfunnet. Dersom offentliggjøringen utelukkende relaterer seg til privatlivet, vil ikke dette være et tilskudd til den offentlige debatten. Etter § 45c er det avbildningen som må ha aktuell og allmenn interesse. Denne ivaretar hensynet til ytringsfriheten. Når en publisering kun synes motivert ut fra å stille lesernes nysgjerrighet og sikre økonomiske inntekter, befinner man seg utenfor det ytringsfriheten er ment å gi vern for. Da foreligger heller ingen aktuell og allmenn interesse.

Problemstillingen om hva kjente personer må tåle av publisitet var også oppe i den såkalte Big Brother-dommen, inntatt i Rt-2007-687. Saken gjaldt to tidligere deltakere i realitykonseptet Big Brother. Ukebladet Se og Hør hadde trykket tre reportasjer av paret, som de tidligere deltakerne mente var en krenkelse av deres privatliv. Søksmålet gjaldt reportasjenes lovlighet i sin helhet. Bildene var i denne sammenheng kun en del av den totale sammenheng. Retten konkluderte med at det forelå en krenkelse av privatlivets fred. Om Hannover-dommen uttaler høyesterett i den forbindelse:

”Konklusjonen må sjølvsagt lesast i samanheng med det som elles er sagt i dommen. Temaet er heile tida balanseringa mellom vern av privatlivet og vern av ytringsfridomen. Det heilt sentrale når det gjeld vern av privatlivet er då om oppslaget gir eit tilskot til ein debatt av allmenn interesse.

⁸⁵ Danielsen (2005) s. 129-130.

*Sagt på ein annan måte er det innanfor samfunnsdebatten at vernet etter EMK artikkel 10 har si særskilde slagkraft. Når det gjeld publisering om personlege forhold og då ikkje minst slikt som gjeld heilt private relasjonar mellom to personar som ikkje har posisjonar i politikk eller samfunnsliv, er ein klart utanfor det området som reglane om ytringsfriheit siktar på å regulere.*⁸⁶

Høyesterett ser deretter på det konkrete saksforholdet og viser til at saksøkerne måtte tåle en viss publisitet i etterkant av innspillingen av programmet. Likevel vektlegges betydningen av sakens aktualitet. To år etter sendingene og ett år etter de siste intervjuene står saken annerledes. På dette tidspunktet mener retten at saksøkerne har fått et styrket vern mot nærgående omtale. Det følger av rettens konklusjon at den la avgjørende vekt på at publiseringen ikke ga noe tilskudd til den offentlige debatten.

Utover å stille folks nysgjerrighet og lyst på sensasjoner, har visse reportasjer og bilder ingen egentlig nyhetsverdi annet enn å være underholdning. Svært ofte er formålet med publiseringen også først og fremst å ivareta kommersielle interesser, mer enn å informere samfunnet. Særlig dette skillet mellom nyheter og underholdning er av interesse. Skillet er imidlertid ikke skarpt, og nyheter og underholdning glir også svært ofte over i hverandre. Samtidig er det klart at også nyheter av mer underholdningsverdi i prinsippet omfattes.

I den tidligere nevnte dommen, inntatt i Rt-1995-1948, uttaler førstvoterende følgende om ”kjendisreportasjer”:

*”I dag informeres allmennheten om likt og ulikt fra kjente personers liv. Vanlige hendelser – som bare har interesse fordi de angår kjente personer – slås ofte stort opp, og pressen skaper til dels ”nyheter” av helt trivielle ting, uten virkelig informasjonsverdi for allmennheten. At det er interesse for dette stoffet, er etter min mening ikke i seg selv tilstrekkelig til å gi ”nyheter” av denne art karakter av ”dagshending” i lovens forstand. På dette området må terskelen ligge relativt høyt, uten at jeg her vil innlate meg på å trekke en grense. Den vil avhenge av hvilken person som omtales, og hendelsens karakter.*⁸⁷

⁸⁶ Rt-2007-687, avsnitt 72

⁸⁷ Rt-1995-1948 s. 1953-1954

Dersom man skal operere med en slik høy terskel som høyesterett her legger opp til, har enkelte hevdet at det blir et problem at man må foreta oppdeling av nyheter med ”virkelig nyhetsverdi” og nyheter med kun underholdningsverdi. Are Stenvik har stilt seg tvilende til et slikt kvalitativt skille.⁸⁸ Han påpeker blant annet at dagens medier i stadig større grad presenterer informasjon på en underholdende måte, og at ren underholdning på et generelt grunnlag ikke bør ekskluderes fra vernet ytrings- og pressefriheten oppstiller. Stenvik er av den oppfatning at det vil være bedre å operere med en sikkerhetsventil der publiseringen rammes, ”*hvis den krenker vesentlige personverninteresser*.”⁸⁹

Mye tyder likevel på at det skal og bør foretas en viss verdivurdering av det som publiseres. Jeg tenker da særlig på de føringer EMD la i Hannover-dommen. Som Høyesterett også sier, vil vurderingen avhenge av hvem som avbildes og hendelsens karakter. Personen er ikke alene avgjørende for hva som kan tillates. Dette må også sies å følge av ordlyden i § 45c litra a), der det nettopp er ”avbildningen” som må ha aktuell og allmenn interesse. Det må foreligge en aktuell situasjon som knyttes til personen. I saken som gikk for domstolen i Strasbourg hadde publiseringen et typisk preg av å kun stille folks nysgjerrighet rundt en kjendis private forhold.

8.1.6.1 Bryllupsbilde-dommen

Høyesterett avsa 2. september 2008 dom i en sak mellom Lars Lillo-Stenberg / Andrine Sæther og Se og Hør.⁹⁰ Se og Hør vant frem med sin anke. At dommen ble avsagt med dissens 3-2, i tillegg til at saksøkerne hadde vunnet frem med søksmålet i både Tingretten og Lagmannsretten, viser at rettstilstanden i forbindelse med hva kjente personer må tåle av publisitet fortsatt er uklar.

⁸⁸ Stenvik (2003) s. 604.

⁸⁹ Mæland (1984) s. 14 flg.

⁹⁰ HR-2008-01480-A

Bakgrunnen for søksmålet var en reportasje Se og Hør publiserte i utgave nummer 65 for 2005. Reportasjen handlet om giftemålet mellom Andrine Sæther og Lars Lillo-Stenberg. Bildene som ble publisert i bladet viste deler av bryllupet som fant sted på en offentlig tilgjengelig holme i sjøen. Bilder av selve vielsen ble ikke publisert. Bruden hadde ankommet i en robåt til en ventende brudgom. Vielsen fant sted ved siden av det innleide private gjestehuset der festen skulle finne sted. Se og Hør befant seg et godt stykke unna og benyttet seg av telelinse for å kunne fotografere det de ønsket. De hadde i forkant unnlatt å spørre om de kunne fotografere fra vielsen. Andre aviser hadde spurt de berørte og hadde fått avslag. Ved forespørsel i etterkant hadde Se og Hør fått et klart nei som svar fra saksøkerne.

Saken ble prinsipalt prosedert på hvorvidt det forelå en krenkelse av privatlivets fred etter strl. § 390. Førstvoterende, dommer Utgård, konstaterte at opplysningene som ble publisert vedrørte privatlivet. Videre la retten til grunn at det objektivt sett forelå en krenkelse, ettersom det ikke var gitt samtykke til publiseringen. Spørsmålet Høyesterett deretter tok stilling til var om publiseringen var rettsstridig. Førstvoterende ser først på relasjonen til EMK art. 10. Det vises blant annet til Høyesteretts uttalelser i Big Brother-dommen, der Høyesterett oppsummerte dommen i EMD.⁹¹ Høyesterett konkluderte i Bryllupsbilde-dommen med at saksøkerne ikke hadde samfunnsfunksjoner, og at EMK art. 10 derfor ikke hadde særlig tyngde, pga. reportasjens rene underholdningspreg. Retten gikk dermed videre til en vurdering av EMK art. 8. Det vises da til EMD og uttalelser knyttet til hvordan fotografiene av von Hannover ble publisert, i tillegg til at det hadde foreligget en jevnlig trakassering av prinsessen. Det fremgår deretter at førstvoterende mener det er likhetstrekk mellom Hannover-dommen og Big Brother-dommen på dette punkt, og videre at dette må tillegges betydning i den foreliggende sak.

Det kan stilles spørsmål om førstvoterende her tillegger disse forholdene for stor betydning. Hvorvidt det forelå en grad av trakassering fra paparazzifotografenes side var ikke avgjørende for spørsmålet om publiseringen av bildene var en krenkelse i Hannover-

⁹¹ Rt-2007-687, avsnitt 72

dommen. I tillegg var heller ikke det faktum at fotograferingen ble foretatt på offentlig tilgjengelig sted avgjørende for EMD, slik førstvoterende synes å vektlegge. Vernet gjelder også på offentlig sted. Sentralt for EMD var snarere hvorvidt bildene hadde så stor samfunnsmessig verdi slik at retten til eget bilde måtte vike. Relevant var også om saksøker hadde en "*legitimate expectation*"⁹² om at hun befant seg på et område hvor hun kunne anta at hun fikk være i fred for pressen. Disse momentene synes ikke høyesterett å tillegge nevneverdig betydning i Bryllupsbilde-dommen. Høyesterett mener at saksøkerne ikke kunne ha en slik forventning, og begrunner det med at seremonien hadde et spektakulært preg og at området var offentlig tilgjengelig.

Til slutt viser førstvoterende til at Se og Hør brukte telelinse, og synes med dette å mene at det er et moment som taler for at det her ikke forelå noen krenkelse av privatlivet. Når det gjelder retten til eget bilde er det, både etter strl. § 390 og åvl. § 45c, ikke avgjørende hvordan fotografiene blir tatt. Det er publiseringen av bildene uten samtykke som representerer krenkelsen. Jeg har derfor vanskeligheter med å se verdien av dette argumentet, som var brakt inn av ankemotparten.

Jeg går nå over på å se på forholdet til åvl. § 45c. Høyesterett uttaler om denne bestemmelsen at også den må leses med en rettsstridsreservasjon og på bakgrunn av EMK art. 8 og 10. Det konkluderes deretter, uten videre begrunnelse, at resultatet derfor må bli det samme.

Etter § 45c er hovedregelen at det foreligger en krenkelse dersom samtykke ikke er innhentet. Unntaket er dersom avbildningen har "aktuell og allmenn interesse". Det ligger ikke her et krav om krenkelse i spørsmålet, men en vurdering av om aktuell og allmenn interesse kan sies å foreligge. Høyesterett trekker frem i sin rettsstridsvurdering at oppslaget ikke inneholdt noe belastende, eller noen kritikk av de avbildede. Omdømmet kunne heller ikke anses svekket. Det antas videre at løsningen kunne blitt annerledes, dersom bildene var hentet fra selve vielsen, som måtte regnes som mer personlig. Disse

⁹² von Hannover v. Germany, avsnitt 51

momentene er ikke relevante for spørsmålet om avbildningen har ”aktuell eller allmenn interesse” Det er først når man har foretatt en objektiv vurdering, og kommet til at slik interesse foreligger, at man eventuelt går inn på en utilbørighetsvurdering. I en slik vurdering vil de nevnte momenter være relevante. Jeg har derfor vanskeligheter med å se at det også etter § 45c må leses inn en rettsstridsreservasjon.

Videre må relasjonene mellom § 45c og EMK vurderes nærmere. Det er ikke nødvendigvis slik at disse er like som for strl. § 390. Det kan se ut som Høyesterett her overser den balanseringen lovgiver allerede har foretatt i § 45c. Bestemmelsen har en side til EMK art. 8 gjennom hovedregelen om samtykke. Likevel omfatter § 45c mer enn bare et vern for privatlivet. Den dekker også personligheten som sådan og kommersielle interesser. I unntaket er det først og fremst relasjonen til EMK art. 10 som ivaretas ved at det kreves ”aktuell og allmenn interesse”. EMK art. 8 spiller en mindre rolle her ettersom denne retter seg mot krenkelse av privatlivet. Krenkelse av privatlivet er kun ett mulig utilbørighetsmoment, dersom man først kommer til at aktuell og allmenn interesse foreligger.

Når EMD uttrykkelig sier at publiseringer som utelukkende retter seg mot de avbildedes privatliv ikke bidrar til noen debatt av allmenn interesse, er det vanskelig å se at dette likevel skal tilfredstille kravet etter § 45c litra a) om ”aktuell og allmenn interesse” Det kan stilles spørsmål om hvilken betydning det skal ha at inngåelse av ekteskap har en offentlig side. At det skal være mulig å formidle nyheten om et inngått ekteskap er ikke problematisk. Det er derimot ikke dette momentet som gjør at avbildningen har aktuell og allmenn interesse. Her er det snakk om fotografier av de saksøkte som overhodet ikke har noe med deres offentlige rolle i samfunnet. Bildene kan eksempelvis ikke knyttes opp mot Lillo-Stenbergs rolle som musiker. Som det her fremgår av drøftelsen over, stiller jeg meg tvilende til om publiseringen er lovlig etter § 45c. Dommen er klaget inn for EMD, men er i skrivende stund ikke tatt opp til behandling.

8.2 Avbildet person som bimotoiv

Litra b) oppstiller et unntak fra samtykkekravet der ”avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet”. Personen er et tillegg til selve hovedmotivet i bildet. Et slikt tilfelle vil man eksempelvis ha dersom Prekestolen i Rogaland fylke fotograferes mens enkelte mennesker betrakter utsikten utover fjorden. Her vil gjerne selve fjellformasjonen med stupet rett ned være hovedinnholdet av fotografiet. Personene i seg selv er ikke viktige, men blir en naturlig del av bildet.

Fokuserer derimot fotografen på en eller flere personer med fjorden i bakgrunnen slik at de fremtrer som hovedinnholdet, vil saken stille seg annerledes. Hensynet bak denne bestemmelsen er blant annet at en fotograf ikke alltid kan styre hva som tilfeldigvis kommer inn i bildevinkelen. Det ville blitt uforholdsmessig vanskelig for en fotograf å kunne utføre sitt arbeid, dersom han måtte sørge for samtykke til publisering av enhver person som muligens ville kunne identifiseres på bildene hans. Hvis personen er hovedmotivet, kan man ikke lenger påberope seg dette hensynet. Utgangspunktet er fortsatt at den enkelte person selv bestemmer om og på hvilken måte en avbildning skal offentliggjøres.

I den tidligere nevnte ”Påskebilde-avgjørelsen” fra høyesterett ble det i byretten blant annet prosedert på at fotografilovens § 15 (2) nr. 2 måtte få anvendelse. I dette var retten uenig og uttalte:

*”Enn videre finner den samlede rett det ikke tvilsomt at bildene av de nevnte personer er en essensiell del av fotografiet, slik at det ikke går inn under unntaksbestemmelsen i punkt nr. 2 i § 15 i fotografiloven, likesom forholdet overhodet er at det etter den nevnte lovparagrafs første ledd trengs et samtykke fra de impliserte til offentliggjøring.”*⁹³

⁹³ Rt-1983-637 s. 641

Når dette er sagt, skal det imidlertid nevnes at momenter som blant annet bildets innhold og i hvilken grad den avbildede kan gjenkjennes vil kunne tilsi et annet resultat i det konkrete tilfellet.⁹⁴ Galtung trekker frem et eksempel av en naken person som kan gjenkjennes på et postkort. Dette er ikke noe personen trenger å finne seg i. En begrunnelse for en slik betraktning vil blant annet måtte være at man i dette tilfellet befinner seg innenfor et område der personvernet må antas å ha meget sterk gjennomslagskraft, nemlig ved integritetskrenkelser og herunder krenkelse av intimsfæren. Det er åpenbart at det objektivt sett vil være mer belastende for en person å bli avbildet naken enn med klærne på.

8.3 Forsamlinger, folketog i friluft m.v.

Det tredje unntaket oppstilt i litra c) omhandler situasjoner der personer befinner seg i offentlige begivenheter. Dette unntaket har likheter til unntaket i litra b), da det også her dreier seg om personer som typisk vil ha liten eller ingen betydning for selve hendelsen som er gjenstand for pressens interesse. Også her må man foreta en konkret helhetsvurdering der en vurdering av den aktuelle begivenhet, gjenkjennelsesomfang og hvordan personen fremstilles vil være av betydning. Deltakere som står på startstreken i sykkelrittet "Birkebeineren", må finne seg i å bli fotografert og senere bli vist i et innslag på TV. Dette er typisk en hendelse av allmenn interesse.

Bestemmelsen retter seg mot de tilfelle der det er de store menneskemengdene som står i fokus. Enkeltpersonene blir kun en del av helheten og har ikke avgjørende betydning for det som formidles utover å være deltakere. Dersom det fokuseres på en enkeltperson, faller dette utenfor litra c). Dersom TV-teamet konsentrerer seg om en åpenbart overvektig person blant et større publikum, og innslaget med dette medfører at den avbildede blir hengt ut til seernes forlystelse, vil dette være utilbørlig bruk av bildet. Når det er sagt, vil et slikt tilfelle likevel også høre inn under litra a).

⁹⁴ Galtung (1991) s. 99

Jordahl påpeker at bestemmelsen ikke har et krav om ”aktuell” interesse. Han mener dette gjør at det åpnes for en større grad av gjenbruksmulighet. Dette er med på å sikre mediene mulighet til billedokumentasjon. Publisering i form av reklame kan imidlertid neppe godtas.⁹⁵

8.4 Reklame for fotografens virksomhet

Etter åvl. § 45c tredje ledd litra d) gis fotografen adgang til å reklamere for sin egen virksomhet med personbilder, selv om samtykke ikke er gitt. Forutsetningen er at den avbildede ikke uttrykkelig har nedlagt forbud mot slik bruk. Bakgrunnen for dette unntaket er å ta hensyn til fotografen som gjennom hovedregelen i § 45c har fått innskrenket sin enerett til å tilgjengeliggjøre bildet etter åvl. §§ 2 og 43a. Fotografers kompetanse måles først og fremst ut fra fotografiene de har tatt. Det er derfor viktig å opparbeide seg en god portefølje. Litra d) gir derfor fotografen en rett til en viss markedsføring av sin virksomhet. Fotografen har rett til å reklamere for sin egen virksomhet ved å vise bildet som reklame ”på vanlig måte”. Reklame som ikke omfattes er dermed eksempelvis annonsering i aviser o.l. Da lovgiver ga denne bestemmelsen, var det antakelig først og fremst reklame som del av vindusutstilling som var ment å skulle unntas. De hadde neppe i tankene eksempelvis reklame på internett. I dag er det grunn til å betegne en profesjonell fotografs internettside og bildene som her vises som reklame ”på vanlig måte”. Et fotografi vist på internettsider er for øvrig også ”eksemplar av avbildningen”. Likevel, dersom dette skulle vært lagt til grunn, ville man i stedet kunne sagt at hovedregelen etter §§ 2 og 43a må gjelde. Disse gjelder all offentliggjøring. Når litra d) først er gitt som et unntak, tyder dette på at man må legge den snevre fortolkningen til grunn, slik at det kun er en visningsrett som er omfattet.⁹⁶ Ved avertering på internett bør nok dette, slik også Jongers anfører, regnes som offentliggjøring som krever samtykke fra den avbildede.⁹⁷

⁹⁵ Jordahl (1996) s. 69

⁹⁶ Jordahl (1996) s. 82

⁹⁷ Jongers (2006) s. 58-59

8.5 Biografier

Åvl. § 45c tredje ledd litra e) oppstiller et unntak for bilder som omhandlet i åvl. § 23 tredje ledd. Denne sier at et *”offentliggjort personbilde i form av fotografisk verk kan gjengis i skrift av biografisk innhold”*. Det følger av forarbeidene til loven at dette unntaket er begrunnet i at man skal sikre at slike skrifter kan illustreres med bilder av den som omtales.⁹⁸ Dette unntaket er også en sikring av ytringsfriheten, og er ment å skulle gi fortrinn på bekostning av den avbildedes interesser. Berettigede interesser kan her, som for de øvrige unntakene, tilsi at publisering likevel ikke kan foretas. Ser man nærmere på § 23 tredje ledd, fremgår det at det er visse vilkår som må være oppfylt. For det første må det være snakk om et ”offentliggjort” bilde. Jongers påpeker at det her er snakk om en gjenbruk av et allerede offentliggjort bilde, men at bestemmelsen ikke sier noe om hvilken hjemmel offentliggjøringen må være begrunnet i.⁹⁹ Så lenge offentliggjøringen var lovlig, så må dette være greit. Dersom dette ikke er tilfelle, vil heller ikke bildet være offentliggjort i henhold til loven, og det må innhentes samtykke til bruken i biografien.

Videre må det være snakk om et ”skrift” av biografisk innhold. Dette utelukker blant annet biografiske filmatiseringer. Jon Bing¹⁰⁰ problematiserer dette kravet i sammenheng med ”skrifter” som digitaliseres ved at det legges ut på en nettside. Han stiller seg tvilende til om lovens unntak kan sies å gå så langt og mener loven på dette punkt må tolkes snevert. Jeg går ikke nærmere inn på dette her.

Bing påpeker også, på bakgrunn av forarbeidene, at personbilder kan benyttes for å illustrere den omtalte, at dette innebærer alle omtalte personer og ikke bare ”hovedpersonen”. Det må foreligge en forbindelse mellom tekst og bilde.¹⁰¹

⁹⁸ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) pkt. 4, merknad til § 23.

⁹⁹ Jongers (2006) s. 59

¹⁰⁰ Bing (2005) s. 7

¹⁰¹ ibid s. 6

8.6 Bruk i forbindelse med etterlysning m.v.

Åvl. § 45c første ledd litra e oppstiller enda et unntak ved henvisningen til åvl. § 27 annet ledd. Unntaket går ut på at uavhengig av den avbildedes rett til eget bilde, så skal det være adgang til å benytte seg av et bilde i forbindelse med etterlysning, etterforskning eller som bevismiddel. På dette punkt må dermed den avbildedes interesser vike til fordel for samfunnets og de øvrige borgeres interesser. Dette er gjort for de tilfeller der bildebruken er nødvendig for arbeidet til politi- og påtalemyndighet eller rettsvesen.¹⁰²

9 Postmortalt vern

Vernet etter åvl. § 45c ”gjelder i avbildedes levetid og 15 år etter utløpet av hans dødsår”, jf. siste ledd. Bestemmelsen er begrunnet i hensynet til nære slektninger, men også andre nære personer.¹⁰³ En avbildning av en avdødd person kan også ha aktuell og allmenn interesse. I denne sammenheng er ikke bare tidsforløpet etter at bildet er tatt av betydning, men også tidsforløpet etter at døden er inntrådt. Med tiden vil det kreves mindre av den aktuelle og allmenne interesse.

Som departementet påpeker i forarbeidene, vil gjengivelse av bilder etter denne perioden likevel kunne rammes av injurielovgivningen.¹⁰⁴ Et spørsmål er om det også utover de forhold som rammes av lovgivningen kan tenkes tilfeller der den avdøde bør ha et vern. I slike tilfeller må dette eventuelt løses på bakgrunn av det ulovfestede personvern. Hvor lenge dette vernet varer etter en persons død er usikkert. Med tiden blekner interessen for

¹⁰² Ot.pr.nr. 15 (1994-1995) s. 135

¹⁰³ Ot.prp.nr.54 (1994-1995) side 39.

¹⁰⁴ L.c.

vedkommende, og dermed minker også vernet. I tysk praksis blir dette gjerne referert til som ”Verblassungstheorie”.¹⁰⁵ Det er også denne tanken som ligger bak § 45c siste ledd.

Et spørsmål som reises er hvem som er berettiget til å ivareta den avdødes rettigheter, dvs. avgi samtykke og påtale eventuelle krenkelser.¹⁰⁶ Det kan i denne forbindelse oppstå det problemet at man ikke vet hvem som er berettiget til å ivareta den avdødes interesser, også når det først foreligger en krenkelse av retten til eget bilde. Paragraf 45c gir her ingen veiledning. Det må imidlertid være grunn til å se hvordan det tilsvarende er løst ved opphavsmannens død. Opphavsmannens ideelle rettigheter er vernet etter åvl. § 3. Disse er retten til navngivelse og vern mot krenkende gjengivelse. Retten til eget bilde er også i og for seg en ideell rettighet. Det kan derfor være grunn til å behandle denne rettigheten på samme måte, av hensyn til likhet i loven. Arv av opphavsrettigheter er regulert i åvl. § 39k. For de ideelle rettighetene, som før døden ikke kan overdras, kan arvelateren ved testament avgjøre hvem som skal arve, jf. bestemmelsens andre ledd. Dersom det ikke foreligger en testamentarisk vilje, følges de vanlige arvereglene. Det er da arvingene som ivaretar de ideelle rettighetene. For retten til eget bilde, vil dette innebære både en samtykkerett og en påtalerett. For de tilfellene der det foreligger en krenkelse av ideelle rettigheter, er så vel ”gjenlevende ektefelle som ... enhver av opphavsmannens slektninger i opp- eller nedstigende linje, søsken, eller av den som er nevnt i medhold av andre ledd” gitt en påtalerett. Dette medfører at kretsen av påtaleberettigede, etter omstendighetene, kan være større enn kretsen av samtykkeberettigede.

Den som ønsker å benytte et bilde, kjenner ikke nødvendigvis til hvem som er berettiget. Dette kan være flere personer. Verken forarbeider eller rettspraksis har ikke gitt retningslinjer på hva som kreves av brukeren når det gjelder innhenting av samtykke. Om den som ønsker å benytte et bilde tar kontakt med den person som står den avdøde antatt nærmest, taler gode grunner for at dette bør være tilstrekkelig. Vedkommende må da antas å ha opptrådt tilstrekkelig aktsomt.

¹⁰⁵ Wandtke (2008)

¹⁰⁶ Jongers (2006) s. 62

10 Lovens rekkevidde

Det følger av åvl. § 58 siste ledd at de avbildede, for å nyte vern, må bo eller ha vært bosatt i Norge. Et spørsmål er hvordan dette forholder seg til ikke-diskrimineringsprinsippet i EØS-avtalen. Det følger av forskriftene¹⁰⁷ til loven i forskriftens § 6-1 at åndsverkloven får anvendelse for verk som faller innenfor kapittel 5 i loven også for statsborgere og de som er bosatt innenfor EØS-området og selskaper med sete innenfor EØS. I siste ledd sies det uttrykkelig at denne paragrafen ikke gjelder for åvl. § 45c. Dette er en naturlig følge av at vernet bestemmelsen oppstiller ikke er markedsrelevant, og således ikke har betydning for det økonomiske samarbeidet. De som dermed ikke omfattes av vernet etter § 45c må da påberope seg andre regler for vern av eget bilde.

11 Avsluttende kommentarer

Den teknologiske utviklingen de siste 20 årene har økt mulighetene for å ta og publisere bilder. Med internett har publiseringsprosessen blitt forenklet og kontrollen med personbilder forringet. Med økende informasjonsflyt ligger mer ansvar på den enkelte. Dog er prinsippet om ”retten til eget bilde” i stor grad ivaretatt gjennom åvl. § 45c. Gjennom denne bestemmelsen har lovgiver foretatt en avveining mellom den avbildedes rett til selv å bestemme over sitt eget bilde og ytringsfriheten. Bestemmelsen gir vern for personens omdømme og følelsesliv, men også dennes økonomiske interesser knyttet til eget bilde. Hovedregelen er klar. For å offentlig gjengi eller vise et personbilde kreves det samtykke. Det er ikke et krav om at samtykket er gitt uttrykkelig. En absolutt rett til eget bilde uten unntak ville imidlertid blitt uholdbart i et demokratisk samfunn der spesielt ytringsfriheten

¹⁰⁷ FOR 2001-12-21 nr 1563

står sterkt. Ytringsfriheten er en frihet mennesket verdsetter som en av de viktigste i samfunnet.

Det er neppe slik at rettstilstanden har endret seg vesentlig de siste årene, på den måten at personvernet nå står sterkere enn før. Det er mye som tyder på at det heller er en økende fokusering på medienes rolle i samfunnet som er tilfelle. Dette gjør at spørsmålet om retten til eget bilde er mer aktuelt enn noen gang. Om Hannover-dommen ikke innebærer en styrking av personvernet, representerer den likevel en viktig påminnelse om hva som er medienes rolle, og hvor langt det er adgang til å gå i ytringsfrihetens navn.

Det er også viktig å påpeke forskjellen mellom åvl. § 45c og strl. § 390. Åvl § 45c er ikke begrenset til et vern av privatlivet, slik tilfellet er for strl. §390. Krenkelsen etter § 45c kan bestå utelukkende av at det ikke er innhentet samtykke fra den avbildede. Når det gjelder spørsmålet om en avbildning har ”aktuell og allmenn interesse”, er det usikkert at det i dette også må leses inn en rettsstridsreservasjon.

12 Litteraturliste

Bøker og artikler:

Bratholm, Anders og Stuevold Lassen, Birger. *Personretten*. I: Knophs oversikt over Norges rett. 12. utg. Oslo, 2004, s. 93-102.

Danielsen, Per *Personvernet styrkes av Strasbourg* I: Lov og Rett. 2005 s.129-130

Galtung, Andreas *Fotografiloven med kommentarer*. Oslo, TANO, 1991.

Holmboe, Morten "*Fotografiloven*" – en kommentar. I: Lov og Rett. 1992 s. 503-526.

Jongers, Maria *Retten til eget bilde*. Oslo, Complex nr. 5, 2006

Jordahl, Theo *Fotorett i mediene*. Oslo, Juristforbundets Forlag, 1996.

Knoph, Ragnar *Åndsretten*. Oslo, Nationaltrykkeriet, 1936.

Mæland, John Henry *Retten til eget bilde og fotografiloven § 15*. Bergen, Det juridiske fakultets skriftserie nr. 8, 1984.

Rognstad, Ole Andreas *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*. Oslo, Stensilserie nr. 165, 2004.

Stenvik, Are *Om rettsvern av personlig særpreg*. I: Festskrift til Mogens Kjørtvedgaard. København, 2003 s. 587-611.

Eisenbarth, Peter J. *Das Recht am eigenen Bild von relativen und absoluten Personen der Zeigeschichte*. Konstanz, Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft Band 161, Hartung-Gorre Verlag Konstanz, 2000.

Fechner, Frank *Medienrecht*. 9. Auflage. Mohr Siebeck Tübingen (UTB), 2008

Forarbeider:

NOU 1987:16 Fotografiretten

NOU 1996:12 Mediaombud

Ot.prp.nr 28 (1959-1960) Lov om rett til fotografier

Ot.prp.nr 15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Ot.prp.nr 54 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Ot.prp.nr 56 (1992-1993) Om lov om endringer i lov 9 juni 1978 nr 48 om personregistre m.m (fjernsynsovervåkning)

Ot.prp.nr 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

”Udkast til lov om fotografirett med motiver. Afgivet til Kirke- og Undervisningsdepartementet af den under 29. Desember 1906 nedsatte komité. Christiania 1907”, s. 13.

Lover:

Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687

Almindelig borgerlig straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

Lov om domstolene (Domstolloven) av 13. mai 1915 nr. 5

Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4

Lov om vergemål for umyndige (Vergemålsloven) av 22. april 1927 nr. 3

Lov om rett til fotografi (Fotografiloven) av 17. Juni 1960 nr. 1 (Opphevet)

Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (Åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2

Lov om barn og foreldre (Barnelova) av 8. april 1981 nr. 7

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

Lov om behandling av personopplysninger (Personopplysningsloven) av 14. April 2000 nr. 31

Forskrift:

Forskrift til åndsverkloven (lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.), FOR 2001-12-21 nr 1563

Utenlandske lover:

Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Kunsturhebergesetz) vom 9. Januar 1907

Konvensjoner:

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 1950.

Norske Høyesterettsavgjørelser:

Rt-1953-633 (Bedriftsmusikk)

Rt-1983-637 (Påskebilde)

Rt-1987-1082 (Busk)

Rt-1994-174 (Blichfeldt)

Rt-1995-1948 (Diana Ross og Arne Næss)

Rt-2001-1691 (Teazer)

Rt-2007-687 (Big Brother)

HR-2008-01480-A (Bryllupsbilde-dommen)

Lagmannsrettsavgjørelser:

RG-1999-1009 (Bang-Hansen)

Borgarting lagmannsretts dom 25.09.2008, sak 07-183948ASI-BORG/02 (MEMO)

Førsteinstansavgjørelser:

Dom av Onsøy herredsrett av 28. mars 1960 inntatt i NIR 1966 s. 241-242

RG-1983-822 (Jannicke/buttons)

Oslo byretts dom 19.12.1995, sak 95-00948 A/86 (Fødselsbilde)

RG-2003-868 (Elling)

Utenlandske rettsavgjørelser:

BGH GRUR 1979, 732 (Fußballtor)

BGH NJW 1985, 1617 (Nacktaufnahme)

Internasjonale rettsavgjørelser:

Case of von Hannover v. Germany, Strasbourg 24 June 2004, EMD-2000-059320

Avgjørelser fra Pressens Faglige Utvalg (PFU):

PFU-sak nr. 117/04

PFU-sak nr 056/06

PFU-sak nr. 081/08

Annet:

Wandtke, Arthur A. *Medienrecht*. Forelesning ved Humboldt Universität zu Berlin, 2008.

Bing, Jon *Personvern og biografier*. Oslo 2005,

http://www.personvern.uio.no/pvpn/avgjorelser/kommentarer/personvern_og_biografier.pdf [Sitert 4. november 2008]

Stenvik, Are *Rettsbeskyttelse av personlig særpreg*. (Dette er en omarbeidet fremstilling av den samme artikkelen i Festskrift til Mogens Kокtvedgaard, se under bøker og artikler),

http://www.jus.uio.no/ifp/markedsrett/publikasjoner/personlig_sarpreg.pdf [Sitert 10. oktober 2008]

Advertising and marketing communication practice – Consolidated ICC code

<http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/Statements/330%20Final%20version%20of%20the%20Consolidated%20Code%20with%20covers.pdf> [Sitert 7.

november 2008]

Forkortelser:

BGH: Bundesgerichtshof

BVG: Bundesverfassungsgericht

GRUR: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

NIR: Nordisk immaterielt Rättsskydd

